

# ドイツにおける憲法適合的解釈の位相

山 田 哲 史

はじめに

## 1. 概念整理と実例

### 1.1. 憲法志向的解釈

### 1.2. 憲法適合的解釈（狭義）

## 2. 解釈方法論における位置付け

## 3. ドイツにおける問題の現象形態と議論

### 3.1. 立法との境界問題

### 3.2. 通常の法令解釈と憲法判断の境界問題

おわりに：我が国における展望

## はじめに

筆者はかつて、堀越事件最高裁判決<sup>(1)</sup>を契機として、憲法適合的解釈に関する覚書<sup>(2)</sup>を公にした。そこでは、従来にいわゆる「合憲限定解釈」と憲法適合的解釈との異同も題材の一つとし、最後に合憲限定解釈と分離されるところの憲法適合的解釈概念の背景にあるドイツの憲法適合的解釈（*verfassungskonforme Auslegung*）概念の検討の必要性の指摘と、その作業の予告を行なった。

もっとも、ドイツにおける憲法適合的解釈についての、阿部照哉<sup>(3)</sup>、そして、宍戸常寿<sup>(4)</sup>による紹介、さらに、毛利透による憲法適合的解釈の多用に

一〇八

(1) 最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁。

(2) 拙稿『『憲法適合的解釈』をめぐる覚書』帝京法学29巻2号（2015年）277頁以下。

(3) 阿部照哉「法律の合憲解釈とその限界」同『基本的人権の法理』（有斐閣、1976年）218頁以下〔初出、1971年〕。

(4) 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）289-293頁〔以下、宍戸（動態）〕。我

よる「法の支配」型へのドイツ憲法裁判の変動の指摘<sup>(5)</sup>といったもの<sup>(6)</sup>の存在については、すでに先の拙稿でも言及したところである。さらに、拙稿を挟む形で、原島啓之によるドイツ連邦行政裁判所の憲法適合的解釈に特に焦点を当てた、ドイツの判例・学説の紹介と分析<sup>(7)</sup>が刊行された。加えて毛利による法理論面からの考察<sup>(8)</sup>も公表された上、2016年6月の比較法学会では「憲法適合的解釈の比較法的検討」がシンポジウムのテーマとなり、實原隆志によるドイツの議論状況の紹介・検討が行われたところである<sup>(9)</sup>。

このような状況の中で、筆者が新たにつけくわえるべきことが残されているのか疑問も多い。個人的な備忘録を披露するにとどまることを危惧するが、それぞれの先行研究が必ずしも十分に言及していない部分にも触れながら、筆者なりのドイツにおける憲法適合的解釈の俯瞰図を描き出すことにする。

## 1. 概念整理と実例

すでに我が国においても指摘されている<sup>(10)</sup>ように、ドイツの憲法適合的解釈は広狭二つの意味で用いられている。すなわち、法律以下の法解釈に憲法

---

が国の文脈において、従来にいわゆる合憲限定解釈と区別しつつ、憲法適合的解釈概念の導入を説くものとして、同「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）64頁以下、とりわけ、68-69・72頁〔以下、宍戸（現状分析）〕も参照。

- (5) 毛利透『『法治国家』から『法の支配』へ』法学論叢156巻5・6号（2005年）330頁以下。
- (6) この他に、大西芳雄『『憲法に適合する解釈』について』同『憲法の基礎理論』（有斐閣、1975年）183頁以下〔初出、1972年〕もドイツにおける憲法適合的解釈に言及している。また、学習用教材レベルでも、赤坂幸一『法令の合憲解釈』大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）340頁以下が、ドイツにおける憲法適合的解釈にも言及していた。
- (7) 原島啓之「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察（一）・（二・完）」阪大法学64巻5号（2015年）1287頁以下、64巻5号（2015年）1787頁以下。
- (8) 毛利透「ケルゼンを使って『憲法適合的解釈は憲法違反である』といえるのか」法律時報87巻12号（2015年）93頁以下。
- (9) 2017年1月刊行の比較法雑誌78号に、議論の内容が掲載される予定であるが、脱稿時点で確認できていない。
- (10) 毛利・前掲註(8)93-94頁、原島・前掲註(7)64巻6号1788-1792頁。

が援用される場合一般を指す、広義の憲法適合的解釈<sup>(11)</sup>と、複数の解釈が可能で、その中に合憲なものと違憲なものが含まれる場合に、合憲なものを選択するという狭義の憲法適合的解釈である。後者の意味での憲法適合的解釈は、用語法上の混乱を招くことが危惧されるが、可能な意味の範囲に違憲な部分を含んでおり、それを除去する効果を持ちうるという点で、むしろ我が国従来にいうところの合憲限定解釈に近いといえることができよう。さらに、通説的な見解によって、狭義の憲法適合的解釈に対置される憲法志向的解釈 (verfassungsorientierte Auslegung)<sup>(12)</sup>の方は、法体系の統一性などを理由に、特段違憲判断を含むことなく、下位法の解釈にあたって憲法上の価値を反映させる手法を指すというのであるから、これこそ、我が国で最近言われるところの憲法適合的解釈に対応していると言えよう<sup>(13)</sup>。

ここで説明したような、通説的見解による憲法適合的解釈と憲法志向的解釈の二分論<sup>(14)</sup>に対して、様々な観点からの分類論が提示されている。そして、それはすでに原島によって詳細な紹介がなされている<sup>(15)</sup>ところであり、本稿でものちに少し触れる。もっとも、以下ではさしあたり、通説的見解に

(11) この広い意味での憲法適合的解釈について、それは明確に内容の画定された手法ではなく、様々な現象を含む「集合概念 (Sammelbegriff)」であると表現するものとして、U. Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, S.21, 2009がある。この点については、原島・同上 1788-1789頁も参照。

(12) これが講学上の概念であり、連邦憲法裁判所は、憲法志向的解釈という語を用いていないことについては、拙稿・前掲註(2)321頁註④ですでに触れた。さらに、毛利・前掲註(8)94頁註(9)でも同様の指摘がされている。

(13) 以上のような憲法適合的解釈 (狭義) と憲法志向的解釈の対比については、宍戸 (動態)・前掲註(4)290頁でも紹介されている。同様の点については、宍戸による紹介への言及も含めて、拙稿・同上でもすでに述べておいた。さらに、毛利・同上93-94頁の指摘も参照。

(14) 憲法志向的解釈と憲法適合的解釈 (狭義) の区別は相対的なものである。そのような指摘はよく見られるところである。例えば、発見的方法によってしか区別ができないとする、H. Simon, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, EuGRZ 1974, S.86などを参照。また、区別の困難性を指摘した上で、違憲の可能性の指摘の有無によって区別する、L. Kuhlen, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S.3f. も参照。

(15) 原島・前掲註(7)64巻6号1791頁以下。

よる二分論を前提として、それぞれの具体例を紹介することを通じてドイツにおける憲法適合的解釈（広義）のイメージを提供したい。

### 1.1. 憲法志向的解釈

先に述べた通り、憲法上の価値を下位法——その中でも、とりわけ一般条項や不確定概念——の解釈にあたって反映させるのが憲法志向的解釈である。この憲法志向的解釈については、一般的に、憲法を頂点とする国法秩序の統一性の維持・確保が根拠に据えられる<sup>(16)</sup>。このように、憲法の優位を背景に法律以下の法令の解釈にあたって、憲法の規範内容を考慮に入れ、憲法価値の実現を志向する解釈の選択が求められるのである。

#### 1.1.1. 基本法以前の憲法志向的解釈

憲法志向的解釈について、ヴァイマル期のライヒ裁判所の判決<sup>(17)</sup>にも、すでにその先行例を見て取ることができる。

Heun によって、戦後の基本権の第三者効に関する Luth 判決<sup>(18)</sup>に通じるものとして紹介されている<sup>(19)</sup>1930年の判決の事案では、ドイツ・オーストリアの主要な劇場が加盟する団体の協定が問題となった。この協定では、各劇場の年間収入や一回あたりの指揮者・演者の報酬上限額について定めていた。原告であるオペラ歌手は、この協定の規定がヴァイマル憲法142条（芸術・学術の自由）や152条（契約の自由）に反し、また、被告の独占状態を伴うものであり、それゆえに善良な風俗に反しているので、無効であると主張したのであった<sup>(20)</sup>。ここまでの説明ですでに明らかのように、これは、典型的な、我が国にいうところの基本権規定の私人間効力の事案といえる。

(16) J. Lüdemann, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, S.29. Siehe auch Simon (Anm. 14), S.86.

(17) RGZ 128, 92.

(18) BVerfGE 7, 198.

(19) W. Heun, Verfassungsrecht und einfaches Recht — Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL Bd. 61, 2002, S.100.

(20) RGZ 128, 92 (93).

この事件において、ライヒ裁判所は、ここで問われている法的問題は、善良な風俗違反の有無であり、もし、憲法上保障された基本権が害されているのであれば、善良な風俗違反が認められるのだとした。裁判所はその理由を、法と道徳に配慮している国民同胞（Volksgenosse）にとって標準的な道徳観念は、人間どうしの取引において憲法上の基本権に留意することを要求するからだと説明している<sup>(21)</sup>。

このような説明は、いわゆる違憲審査制が導入されていないことも手伝ってか、基本権規定の名宛人が誰であるかとか、権利義務の方向性について、——戦後の基本法下で厳密に論じられているのとは対照的に——かなり無頓着な印象も抱かせる。ここでは、確かに、あくまで直接的には、善良な風俗の違反が存在するのかという私法上の問題が論じられていることになっている。しかし、実際の検討<sup>(22)</sup>は、基本的にはヴァイマル憲法142条・152条の解釈論が私法解釈の衣をほぼ纏わない裸に近い状態で展開されている<sup>(23)</sup>。そ

(21) RGZ 128, 92 (95).

(22) 具体的な判示内容は以下のとおりである。すなわち、芸術の自由に関して、ヴァイマル憲法142条は、原則的に国家機関の介入（Eingriff）からの芸術の保護を目的としており、一般的な内容を持つ法律によってのみ制約可能であるとされているものと性格づけた。そして、實際上のものを主とする、生活関係の中で生じてくる制約から芸術が自由であることを要求したり、国民同胞に芸術家たちに合わせて我慢を強いたりという条項ではないという。むしろ、法律や善良な風俗が特段の定めをしていない限り、芸術家を含む全ての人々の自由なやり取りに委ねられており、芸術家の契約相手方に、芸術家からの要求に対して減額をさせないような効果を持つものではない。こうして、問題は、152条の契約の自由の侵害があるのか否かという問題に帰着する。この契約の自由とは、当事者間で自分たちの関係性について、意思の一致するところにしたがって形成されるべきことを保証したものであり、何の制約もなく、完全に自由な状況下で契約が締結されることを要求するものではないし、そのようなことは不可能であるとしたのであった。以上について、RGZ 128, 92 (95f)を参照。そして、上記のような契約の自由の侵害は本件では認められないとして、原告の主張を退けたのである。

(23) 前註の、とりわけ芸術の自由に関する判示内容は、基本権の対国家性を指摘したものと理解することも可能であろう。しかし、あくまで当該条項の規範内容として、主として国家からの介入の排除を求めるものであると論じるにとどまり、基本権の一般的性質を論じるものとはなっていない。そして、本来は、私人の間には適用されない基本権の効力を第三者たる私人に及ぼしうるかという問題設定はされていないのである。さらに、契約の自由の意味内容に至っては、対国家性について論じる部分はなく、私人の間で契約の自由というのがどのような意義を持つのかを語るような判示になっていることにも注意すべきであろう。

の意味では、これを憲法志向的解釈と呼ぶことには若干の抵抗を感じないわけではない。それでも、私法の一般条項の解釈に憲法を考慮しているには違はなく、とりわけ最初期の先例としては、十分これを憲法志向的解釈の一つと認めることができるのではないだろうか。違憲審査制が導入される以前から憲法志向的解釈が行われていたことについては、これまであまり指摘されてこなかったことでもあり、注目されて良いだろう<sup>(24)</sup>。

### 1.1.2. 基本法の下での憲法志向的解釈

基本法以前の憲法志向的解釈の例を紹介するのに、やや多く紙面を割いてしまったが、次に基本法下での憲法志向的解釈の例を示していくことにしよう。また、我が国における文脈においてではあるが、筆者もかつて少し触れた<sup>(25)</sup>ように、とりわけ、わが国における「憲法適合的解釈」、あるいはドイ

(24) なお、アメリカの *Marbury v. Madison* 判決において、合衆国最高裁の Marshall 首席判事は、適用法条の確定の必要性から、司法裁判所の違憲審査権を導いた。もちろん、憲法に適合的な解釈結果の模索と、憲法に違反する解釈結果の得られる下位法の排除との間には距離があることを認めなければならない。この点、解釈の一助として憲法を考慮すること（後掲の Heun は、憲法の優位がドイツにおいて定着する前の帝国期においても、体系的解釈の一環としてこれがなされていたこと〔ここでは、後掲の RGZ 9, 232 が引かれる〕を指摘する）と憲法に反する法律の無効化を対比的に論じる、Heun (Anm. 19), S.97f. を参照。しかし、それでもとりわけ憲法の優位を根拠に、憲法適合的な解釈を違憲な解釈結果の排除という実質には違いがないとも言える。仮にそう考えられるのであれば、法の体系性を根拠にしたある種の憲法判断は、憲法の最高法規性を前提にした場合に、通常の司法裁判所にも本来認められうるということになるのではないか。これ以上の深入りは避けるが、違憲審査の本質のようなものを考えるにあたって、真剣に検討すべきものを含んでいるように思われる。

(25) 拙稿・前掲註(2)302頁以下は、あくまで、民刑事法との間で憲法学との対話チャンネルに相違があることと、民刑事法の「文法」を憲法学が習得すべきであることを指摘している。しかし、これは、逆に言えば分野毎に憲法との関わり方が異なる、憲法適合的解釈のあり方も変わってくるという趣旨を含ませているつもりである。

なお、穴戸による、①当該規定の意義を明らかにするもの、②違法性阻却事由ないし免責に関する規定の解釈に関するもの、③行政裁量の統制に関するものという三分類（穴戸（現状分析）・前掲註(4)69-71頁）は、法分野による分類ではないが、①については複数の法分野が混在するものの、②・③についてはそれぞれが問題となる法領域は刑事法（②）、行政法（③）と固有のものである。また、①についても、法分野毎に例をあげており、法分野の相違を意識しているということではできても、意識することを少なくとも否定する趣旨ではないといえよう。

ツに言う憲法志向的解釈について考える場合、通常の法解釈において憲法を考慮すると言っても、それぞれの法領域の特性や憲法との関係性を考えなければならぬ<sup>(26)</sup>。そこで、以下では、民事法、行政法、刑事法の主たる法類型それぞれの例をあげていくことにする。

### 1.1.2.1. 民事法分野

民事法分野で憲法志向的解釈を行ったものと言える<sup>(27)</sup>のが、連邦憲法裁判所のサイエントロギー決定である<sup>(28)</sup>。この決定は、憲法異議のうち、いわゆる判決異議に分類されるものであり、サイエントロギーの信者、聖職者であると報道され、名誉を毀損されたとする申立人の主張を認めなかった、フランクフルト (a.M.) 高等裁判所判決が、申立人の一般的人格権 (基本法2条1項・1条1項1文) を侵害するものであるとして提起されたものである。

決定において、連邦憲法裁判所は、名誉毀損に関する諸規定 (ドイツ民法典 [BGB] 1004条1項, 同823条2項, ドイツ刑法典 [StGB] 186条<sup>(29)</sup>等) の解釈権限は、通常裁判所の管轄に属するとしつつ、その解釈にあたっては、関連する基本権が設定する価値の内容は、法適用の場面においても維持されるべきであるから、その関連基本権を解釈嚮導的に考慮する必要があるとし

(26) 例えば、民事法分野であれば、それ自体に憲法上の価値を認めうる、私的自治ないし契約自由の原則との抵触関係が問題となるのに対して、行政法分野においては、法治国原理により、憲法による強い拘束が認められるとともに、求められるということが出来る。さらに、憲法志向的解釈が不確定概念に対して行われるというのであれば、明確性の原則が妥当する刑事法について、憲法志向的解釈を援用する余地はそもそも広く認められてはいけなのではないかという問題が生じる。

なお、わが国における憲法適合的解釈の整理において、民事法の憲法適合的解釈への言及がほとんど見られないのは、わが国において、憲法規定の私人間効力論が憲法適合的解釈の問題として意識されていない (ただし、重要な例外として、君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008年)。また古くは、阿部・前掲註(3)226頁)、あるいは、切り離された論点と解されているからであろう。

(27) vgl. K. Schlaich u. S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., 2012, S.306 Rn.448.

(28) BVerfGE 99, 185.

(29) BGB823条2項は、民法以外の法律による保護対象への侵害についても、不法行為に伴う損害賠償義務を生じさせると規定しており、名誉毀損罪について定める StGB186条をあわせて考慮することによって、名誉毀損による民事損害賠償責任が基礎づけられるという構成になっている。



たのであった<sup>(30)</sup>。決定によれば、この帰結として、表現による人格侵害の程度と、表現の禁止が意見表明の自由に与える損失との間の衡量を求め、この衡量は、通常法 (einfaches Recht<sup>(31)</sup>) 解釈として可能な法律要件設定の範囲にとどまる必要があり、また、個別の事案に特有の事情を考慮しなければならない。そして、衡量の結果は、個別事案の事情に依存するのであり、一般的、あるいは抽象的に予め決定されるものではないことについても言及されているのである。

BGB は我が国の民法典とは異なり、不法行為責任の発生要件を定める諸規定において侵害対象について比較的具体的に規定しており、StGB においても、我が国の刑法230条や230条の2よりもかなり詳細な構成要件や免責条件の規定を有している。そうすると、一般条項や不確定概念の解釈にあたって憲法の基本権規定を参照しているというよりは、規定内容を明確化する手段として基本権規定を援用した類型である<sup>(32)</sup>ということができるかもしれない。しかし、それでも、決定自体が個別事案における事情の考慮の必要性を指摘するところからもわかるように、総合的な事例判断を旨としており、基本権規定が規範内容の明確化にどのように影響を与えるべきかについて（少なくとも）直接に示すところは乏しい<sup>(33)</sup>。

今さら指摘することでもないかもしれないが、憲法志向的解釈が司法の判断の枠を広めるものであっても、それを枠付けるような効果に乏しいことがここでも現れているように思われる。

(30) BVerfGE 99, 185 (1996). ここで連邦憲法裁判所は、基本権規定が、その背景に客観的価値秩序が存在することを前提としているものであるとした、Lüth 判決 (BVerfGE 7, 198 [205ff.]) を引用している。

(31) 憲法とは異なる、通常法律のことを指す。

(32) ただし、この区別は、多分に相対的なものである。

(33) もっとも、従来の判例の蓄積による、名誉毀損成立についての一定の規則的枠組の存在については認めており、これに沿った具体的事案の処理を進めている。実体的な判断枠組に関しては、G. Seyfarth, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf zivilrechtliche Ehrschutzklagen, NJW 1999, S.1287ff.などを参照。



### 1.1.2.2. 行政法分野

行政法分野の例としてあげられるのが、ムスリム女子生徒の男女合同体育授業からの免除に関する、連邦行政裁判所の1993年判決<sup>(34)</sup>である。この判決では、先のサイエントロジー決定とは異なり、憲法規定の考慮のあり方についての一般論は展開されておらず<sup>(35)</sup>、事案に即する形で、信仰、良心の自由（基本法4条1項・2項）と同じく憲法上の要求である、人間形成、教育に関する国家の責務（基本法7条1項）の間の調整が検討された。

判決の内容について、もう少し詳しく紹介しておこう。まず、事案についてであるが、公立ギムナジウムのムスリム女子生徒（当時12歳）が、異性に肌を見せることを禁じたコーランの戒律を守るべく、男女合同での体育の授業の受講免除を申し立てた<sup>(36)</sup>ものである。学校側は、この免除の申立てを拒否し、これに対して、女子生徒側が訴訟を提起した。ゲルゼンキルヘン行政地方裁判所は水泳の授業の免除はともかく、他の体育授業については受講の免除を認められないと、請求を棄却した。ミュンスター行政高等裁判所も、原判決を維持し、完全な免除を認めなかった。これから紹介するのは、この判決に対する上訴に対して下された、連邦行政裁判所の判決である。結論か

(34) BVerwGE 94, 82. Siehe *Schlaich/Korioth* (Anm. 27), S.307 Rn.448.

(35) 基本権規定の直接の適用範囲ではない民事法の分野とは異なり、行政法の解釈にあたり、憲法が考慮されることは当然であり、わざわざ憲法の考慮について正当化し、そのありようを示す必要はないとの考え方が背後にあると推測される。

(36) 当該事件で直接の解釈対象となった、授業からの免除に関連する、当時のノルトライン・ヴェストファーレン州一般教育令（ASchO；法律の授権に基づいて、州議会の学校文化委員会の同意を得て制定された法規命令である）11条の内容は以下の通りである。

「§ 11 免除 (1) 児童・生徒は、特に例外的な場合にのみ、原則として、保護者からの申出に基づいて、時間的に限定された形で、個別科目の授業または個別の学校行事から免除される。2ヶ月を超えない免除については学校長が、2ヶ月を超えるものについては、教育庁が決定する。免除される期間において、当該児童・生徒は、他の授業や学習グループに参加することを義務付けられ得るものとする。

(2) 健康上の理由による、体育その他の授業の免除の方法または範囲は、専門教員がこれを決定し、免除が一週間を超えるときは、医師の診断書に基づいて決定しなければならない。また、免除が二週間を超える場合においては、学校長が学校医の診断書に基づいてこれを行うものとする。ただし、いずれの場合においても、免除の根拠が明白な場合においては、医師の診断書なく免除の決定を行うことができる。免除は、特定の実習に限定してすることもできる。」

ら言えば、連邦行政裁判所は、原審の判断を破棄し、原告が求める男女合同の体育授業からの完全な免除を学校側に義務付けた。その理由は大要以下の通りである。

すなわち、連邦行政裁判所は、信仰、良心の自由と対抗関係に置かれるのが、——保護者や児童・生徒の基本権との調整に留意することが求められるものではあるが——信仰、良心の自由と同じく憲法レベルで設定される人間形成、教育に関する国家任務であることを前提として確認する。そして、具体的な衡量に入る前段階で、自分の信仰が求める、拘束的な命令や禁止が、法律上の義務の履行を妨げること、あるいは、信念の求める命令や禁止に反して法律上の義務を果たさなければならぬとすれば良心の呵責に苛まれることの立証を、免除を求める側に課した。本件では、コーランの解釈を通じて、原告の年代のムスリム女子にとって、男子生徒との合同体育授業の受講が信仰の求める規範への違背を意味することが確認されたとした。このような判断を踏まえつつも、裁判所は、比較衡量は慎重に行われる必要があるもので、部分的な免除など他に道のない場合にのみ全面的な免除は認められるという。以上のような枠組み自体は、原審と異ならないのであったが、その先の評価が原審と連邦憲法裁判所では異なった。つまり、原審がスカーフ（Kopftuch）を着用しての参加や、どうしても問題がある場合の受講免除などによって、信仰からの要請を満たせると判断したのに対して、連邦行政裁判所は、そのような措置では、スカーフが時に外れる場合があること、男子生徒との身体的接触が避けられないなどといった点は、信仰との抵触を招き、体育の授業が苦痛（Qual）を生じさせるものであると判断したのである<sup>(37)</sup>。

この事案自体は、我が国におけるいわゆる神戸高専剣道実技受講拒否事件に類似する。もっとも、神戸高専事件が受講義務の有無を直接論じたのではなく、あくまで退学処分 of 適法性が論じられたものであるという点では大

(37) なお、近時、BVerwG, Urteil v. 11. 9. 2013 — 6 C 25. 12 (VGH Kassel), JZ 2014, S.138 において、連邦行政裁判所は、ブルキニのようなイスラム教の服装規律に反しない水着の着用が可能であることを理由に、ヘッセン州学校法の69条3項にいう受講義務からの免除の「特別な理由」に該当せず、ムスリム女子生徒の水泳授業の免除を認めなかった。

な相違が見られる<sup>(38)</sup>。また、神戸高専事件の最高裁判決が裁量統制の場面で憲法を加味したものであることは夙に穴戸が指摘するところであるが、本判決では、裁量統制という問題設定はなされていない。実際、先に註(36)で紹介しているように、ここで直接適用が問題となっている法令は少なくとも手続面について相当程度具体的であり、免除範囲の広狭による扱いが細かく定められている。したがって、「要件裁量」を認めているとも言える「特に例外的な場合」という解釈の余地のある文言の解釈・適用においても詳細な検討が必要となることは示唆される<sup>(39)</sup>。その意味では、我が国において穴戸が提示する類型に照らせば、本判決は、要件明確化型に整理されるということができよう。ただし、一般教育令の具体的な文言「特に例外的な場合」が取り上げられるのは冒頭のみであり、基本法レベルの教育に関する国家の責務と信仰、良心の自由の規範内容の確認とその衡量がひたすら行われている。憲法規定とりわけ基本権規定の影響の及ぼし方について一般的な判示がないこと<sup>(40)</sup>とも相まって、ここでも、憲法志向的解釈であるということが、裁判所による解釈に何らかの枠付けをもたらすものではないと指摘できよう。

### 1.1.2.3. 刑事法分野

最後に、刑事法分野における憲法志向的解釈の模範例ともいわれる<sup>(41)</sup>、2003年の連邦通常裁判所決定<sup>(42)</sup>について紹介、検討しておくことにしよう。

この事件では、調達可能かどうか疑問を残したまま、友人からの求めに応じてエクスタシーの錠剤を手配する旨表明したことや、コカインを転売すべくオランダの麻薬の売人に電話した（が手に入らなかったこと）こと、50

(38) 我が国においては、本件のような訴訟を提起しても、「法律上の争訟」と認められない可能性もある。

(39) もっとも、ここで問題となっているのは、法規命令であり、法規命令の設定を含めた行政の裁量への統制が問われていると解することも不可能ではないだろう。しかし、少なくとも明示的にはそのような問題設定はなされていない。

(40) 評釈類でも、この点についてはあまり触れられていない。ただし、衡量のあり方として、断定的にすぎると批判するものとして、*H.-P. Füssel, Multikulturelle Schule?*, KJ Bd.27, 1994, S.506を参照。

(41) *Kuhlen* (Anm. 14), S.2.

(42) BGH, Beschl. v. 17.6.2003 — 2 StR 94/03, NStZ 2004, S.105.

グラムのコカインを入手すべくオランダに出かけた（が手に入れられなかった）こと、といった諸行為が、麻薬取締法（BtMG）の29条にいう、「取引（Handeltreiben）」自体に該当するのか、単なるその準備行為（StGB 30条）に該当するにとどまるのが問題となった<sup>(43)</sup>。決定は、基本法103条2項<sup>(44)</sup>を引いて、刑罰法規の明確性要求に言及したのち、規範の名宛人にとって、何が禁止され、刑罰による制裁対象となるのかが予見可能であることが必要であるとした上で、従来の「取引」についての定義が不十分であると述べた<sup>(45)</sup>。そして、適切な定義には、麻薬取引の撲滅に向けて実効的に機能する解釈と、明確性要求志向的な解釈（am Bestimmtheitsgebot orientierten Auslegung）<sup>(46)</sup>という二つの要求を満たし、BtMG 29条に実際の適用領域を残すものであることを求めている<sup>(47)</sup>。こうして、このような枠づけの下で行った、「取引」という語の定義づけの結果、最終的には、薬物の供給者との間で売買が現実のものとなっていない限りにおいて、営利目的の転売のための麻薬類を入手するための真剣な交渉であっても、取引の既遂を認めるには十分ではないとされたのである<sup>(48)</sup>。

ここでも、なぜ憲法が考慮されるのかという根拠づけは行われていない。これについては、裁判所を通じた科刑が憲法の拘束を受けるべきことは当然であるし、本件で問題となった憲法規定が、刑罰法規の明確性原則であり、まさに刑事法を直接の対象としたものであるからと説明することができよ

(43) Siehe BGH, NSTz 2004, S.106.

(44) 直接は事後処罰を禁止する条文であるが、一般的にこの条文から、罪刑法定主義やそのコロールーと位置づけ可能な明確性要求や類推禁止原則が導かれると解されている。Siehe z.B. C. Degenhart, Art.103, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2011, S.2072ff. Rn.63ff.

(45) BGH, NSTz 2004, S.107 Rn.16.

(46) 連邦憲法裁判所において「憲法志向的解釈」という言葉が用いられていないことは、先に指摘した通りだが、連邦憲法裁判所の判決（z.B. BVerfGE 45, 187）も含めて、このような憲法上の要請・原則に「志向的な解釈」について言及するものは一部で見られる。もっとも、これが適合的解釈との区別を意図したものであるか疑問であるのは確かである。Siehe Schlaich/Korioth (Anm. 27), S.307 Rn.448.

(47) BGH, NSTz 2004, S.108 Rn.17.

(48) Siehe Leitsatz vom NSTz 2004, S.105.

う。とはいえ、憲法規定の通常法の解釈に与える影響というものがある点でも明瞭ではない<sup>(49)</sup>という点を、それに対する憂慮も含めて指摘できよう。

また、具体的に問題となった内容に少し踏み込むと、全農林警職法事件判決<sup>(50)</sup>や札幌税関事件判決<sup>(51)</sup>に見られるように、我が国においては、合憲限定解釈の限界を画するものとして、刑罰法規の明確性の原則に焦点が当てられるのに対して、本決定では、明確性原則を根拠に刑罰法規の限定解釈を導いている点が注目される<sup>(52)</sup>。もちろん、広義の明確性原則には、過度に広範な処罰範囲を持つ法令の排除も含まれることを考えれば、明確性原則を志向する解釈によって、ややもすれば広く解釈されうる処罰範囲を、適正な範囲に縮減するという説明は十分に成り立つところではある。狭義の明確性要求と過度な広範性の排除との境界が実際には不明瞭で相対的なことに起因するものではあるが、相反する要請を内包しているということに自覚的であることが求められよう。

#### 1.1.2.4. まとめ

以上、簡潔に、民事法、行政法、刑事法の三分野について憲法志向的解釈の典型例と呼ばれるものを見てきた。ただ、これらの例から共通して見えてくるのは、まずは、憲法規定の私法領域に持つ意義を論じる必要のある民事法分野についてはともかく、それ以外では、なぜ憲法志向的解釈が必要になるのかといった根拠づけは踏み込んで行われていないことである。そして、民事法分野も含めて、憲法が考慮されるところで、同じく憲法レベルのものも含む対立利益・要請との比較衡量の枠組みに落とし込まれるだけであり、比較衡量に一定の方向性を与えるというような嚮導性は乏しいと言わ

(49) もっとも、明確（かつ適切）な処罰範囲の提示という基本法103条2項の要請と、犯罪の実効的な防止という対立利益を把握した上で、諸般の事情を考慮するという大枠について示されている。

(50) 最大判昭48・4・25刑集27巻4号547頁。

(51) 最大判昭59・12・12民集38巻12号1308頁。

(52) もっとも、のちに述べるように、とりわけ狭義の憲法適合的解釈について、ドイツにおいても、特定の憲法適合的解釈が解釈としての限界を超えていないかという論点が存在している。ここでは、さしあたり、Schlaich/Korioth (Anm. 27), S.307ff. Rn.449ff. を参照。

ざるを得ない。もっとも、以上の検討・紹介は、網羅的なものではなく、ここからドイツにおける憲法志向的解釈の一般的性格を論じることには慎重である必要があるのは確かである。しかし、ドイツから離れた我が国において、憲法志向的解釈という概念を輸入することのみによって、事案処理の方法の劇的な発展、明瞭化というような大きな効果が得られると考えるには少なくとも慎重であるべきことをこれらの例は教えてくれているように思われる。

## 1.2. 憲法適合的解釈（狭義）

ここで紹介するのは、狭い意味での憲法適合的解釈、すなわち、可能な複数の法令解釈の中から、憲法適合的な解釈を選択すること、あるいは選択するよう求める準則のことである。この狭義の憲法適合的解釈について、憲法志向的解釈の根拠としてあげられた、法秩序の統一性も根拠となることは当然であるが、それに加えて、あるいはそれを前提として、法律の合憲性推定原則<sup>(53)</sup>や、法令の維持を通じた裁判所による立法者への敬讓、憲法適合的な立法を志向するであろうという立法者の意思の推定などが挙げられる<sup>(54)</sup>。

### 1.2.1. 前史

狭義の憲法適合的解釈の問題は、実は、夙にビスマルク憲法下の帝国裁判所における1883年の判決<sup>(55)</sup>で取り上げられていた。帝国裁判所は、原審判決においてハンブルク高等裁判所が、「ある法律について二通りの解釈が可能な場合、そのうち、法律が憲法上の原則（Verfassungsgrundsatz）に違反する

(53) これについて、基本法制定前の法律にも、合憲推定を及ぼして良いのかという問題も存在する。この点を、阿部・前掲註(3)227頁は夙に紹介していた。

(54) Lüdemann (Anm. 16), S.29. Siehe auch C.-W. Canaris, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Hosell, Zach, Hasenböhler u. Rhinow (Hrsg.), FS Kramer, 2004, S.147ff.; A. Voßkuhle, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 2000, S.182ff.. なお、Canaris と Voßkuhle は共に、これらの理由づけがいずれも十分ではないと指摘する。

(55) RGZ 9, 232. 事案としては、堤防令（Deichordnung）による、堤防地についての旧来からの利用権限の承認が問題となったものである。



結果を招くものに従ってはいけない」という定式を示したと理解した。しかし、帝国裁判所自体は、このような一般化は正しくないという判断を下している。すなわち、憲法改正を意図するものとして提示されたものではない通常法律は、裁判所限りの解釈によって憲法と抵触するものと理解されるべきではないということは、法律解釈における様々な考慮要素のうちの一つに過ぎないと判示したのである<sup>(56)</sup>。原審の定式は、まさに現在における狭義の憲法適合的解釈の定義づけと同じ見解を提示しており、これが一般的準則ではないとされた点では、確かに狭義の憲法適合的解釈はこの判決で否定されたわけである。しかし、ここで注目されるのは、憲法適合性が一つの考慮要素として法令解釈に当たり参照されることは、第二帝国期においてすでに最上級審裁判所によって認められていたということである<sup>(57)</sup>。また、下級裁判所においては、狭義の憲法適合的解釈が解釈準則として提示されていたということも見逃せない。

このように、第二帝国期にはすでに一部で議論のあった、憲法適合的解釈であるが、戦後の基本法の制定と、連邦憲法裁判所の創設を経て、その最初期<sup>(58)</sup>の判例において承認されることになる。いわゆる緊急受入法決定である<sup>(59)</sup>。この事件では、ソビエト占領地域から連邦共和国領域に流入した人々の滞在資格付与条件について定めた緊急受入法 (NAG) 1 条 2 項<sup>(60)</sup>が、基本

(56) RGZ 9, 232 (234f.).

(57) 憲法志向的解釈は、すでにこの判決で認められていたといっても間違いではないだろう。憲法志向的解釈は、憲法の優位の承認によって認められるものであり、違憲判断を伴う狭義の憲法適合的解釈とはやはり区別されるということ为基础付ける可能性がある。

(58) 以下で紹介する判決は、連邦憲法裁判所の発足後、二年を待たず、1953年5月7日に出されたものである。

(59) BVerfGE 2, 266.

(60) ソビエト占領地域（ベルリン・ソビエト占領地区を含む）に住所を持ち、あるいは長期に滞在する、ドイツ国籍保持者、あるいはその旧保持者で、許可なく連邦共和国領域に滞在する者に特別の長期滞在許可を与えうることを規定した、同法 1 条 1 項を受けて、次のように規定している。

「(2) 身体及び生命または人格的自由の差し迫った危険、もしくはやむを得ない特別な事情により、第 1 項に規定する地域（訳者註：ソビエト占領地域）を離れなければならない者について、この特別許可（訳者註：1 項に定める特別長期滞在許可のこと）を拒否してはならない。」



法11条が保障する移転の自由を侵害しているのではないかが争われた<sup>(61)</sup>。連邦憲法裁判所は、ある法律が憲法と適合的に解釈可能である場合には、その法律を無効としてはならないという原則が妥当していると述べた。その理由として、裁判所は、法律が基本法と整合するという推定が存在するほか、この推定により明らかになっている原理は、違憲の疑いが存在する場合であっても、法律に憲法適合的解釈を施すことを要求しているということを挙げている。ただし、裁判所は憲法適合的解釈にあたっては、問題となっている法律の目的を無視してはならないという限界も設けている<sup>(62)</sup>。事案の処理としては、基本法11条2項が掲げる移転の自由の制限事由に該当する場合に限って、滞在許可を拒否することができるものと NAG 1 条 2 項を解釈した<sup>(63)</sup>。

以上の判示は、複数の可能な解釈のうち、憲法適合的な解釈を選択するという定義づけを直接用いてはいない。しかし、憲法適合的な解釈が可能である場合にそれを選択して、法律を違憲無効と判断することを回避すべきであるというのであるから、憲法適合的な解釈と憲法に適合的ではない解釈の双方が可能であることが前提となっており、そのうち、憲法適合的な解釈を採用することを求めていると理解することができよう。そして、重要なのは、なぜそのような解釈の選択が行われるべきなのかという理由と、憲法適合的解釈の限界に関する言及が、すでに最初の判例から行われているということである。もう少し敷衍すると、まず、法律の合憲性推定が理由として挙げられているが、これは、立法者の意図を超えた裁判所による立法に陥ることを戒めたものと理解でき、その後の解釈の枠を超えてはいけないという限界づけにつながっているといえよう。

(61) Siehe BVerfGE 2, 266 (269).

(62) BVerfGE 2, 266 (282).

(63) BVerfGE 2, 266 (284).

### 1.2.2. 教科書的典型例：集会法14条の解釈

憲法適合的解釈の例には、枚挙にいとまがないが、ここでは教科書等で典型例として挙げられる、突発的デモの届出義務をめぐる、1985年の連邦憲法裁判所決定<sup>(64)</sup>を紹介する。

基本法8条は、その1項において、届出または許可なしに平穏かつ武器を携帯しない集権を行う自由を保障し、2項では、屋外の集会については、法律による、あるいは法律の根拠に基づく制限を可能であるとしている。集会と行進に関する法律（集会法；VersG）は、その14条で屋外の集会及び行進について、実施48時間前までの届出義務を課すとともに、15条3項で、届出のない屋外集会及び行進について解散を命じることを可能としている。

連邦憲法裁判所は、外部的影響のために、多様で特別な安全対策を講じる必要性があるので、屋外集会のみに届出義務を課されているのであって、突発的に（spontan）行われるデモについては、事前の届出義務は課されないというのが支配的見解であると指摘する。そして、それゆえ、突発的集会によって追及される目的が、集会法の（14条・15条の）規定を遵守することによって達せられえないことになるのであれば、集会法の（14条・15条の）規定は適用されないという<sup>(65)</sup>。このような枠組みの下で、裁判所は、集会法14条の届出義務は例外なく課されるわけでもなければ、その違反が解散や禁止に直結するものでもないとし、比例原則の厳格な適用の下、同等の価値を持つ法益の保護を目的として、そのような法益にとっての、直接的、すなわち認識可能な状況から導き出される危険があると認められる場合にのみ、解散や禁止が可能となると判示した<sup>(66)</sup>。

連邦憲法裁判所自身が憲法適合的解釈であることを明示的に認めている集会法15条の場合<sup>(67)</sup>とは異なり、ここで採用された同法14条の解釈は憲法適合

(64) BVerfGE 69, 315. この決定に関する、邦語文献として、赤坂正浩「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）248頁以下などを参照。

(65) BVerfGE 69, 315 (350).

(66) BVerfGE 69, 315 (351ff.).

(67) BVerfGE 69, 315 (352).

の解釈であることが明示されていない<sup>(68)</sup>。しかし、実質的な観点から見ると、集会の自由が本来的に事前の届出や許可をえる必要がない基本権として基本法上明示的に保障されていることを踏まえて、その制限が最小限であることが求められ、それを超えるような制限を可能とするような解釈が違憲となるということが前提となっていると指摘することができる。したがって、違憲判断を前提として、それを選択肢から除外する狭義の憲法適合的解釈であるといえよう。

なお、こののち、1991年に突発的な集会・デモとは区別される、緊急の集会 (Eilversammlung) については、集会の可能性が生じたとき即時に届出を行う義務があると集会法14条を憲法適合的解釈する連邦憲法裁判所決定<sup>(69)</sup>が登場するに至っている。日本にある我々の目から見て、いかにも技巧的な処理であるように思われる<sup>(70)</sup>。実際、この決定には、Seibert・Henschel 両裁判官の少数意見が付されている。この少数意見によれば、法廷意見の上記のような憲法適合的解釈は、文言上の手がかりを欠いており、集会法26条2号に従って集会の主催者 (Veranstalter) または指導者 (Leiter) を処罰することは、基本法103条2項の明確性要請に反し<sup>(71)</sup>、認められないという<sup>(72)</sup>。

(68) Siehe M.-E. Geis, Die „Eilversammlung“ als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung, NVwZ 1992, S.1029.

(69) BVerfGE 85, 69. ここに、「突発的集会」とは、計画も主催者もなく、瞬時のきっかけによって行われる集会をいうのに対して、「緊急の集会」とは、計画もされており、主催者も存在するのであるが、デモの目的を害することなく、集会法14条に定める期限を遵守して届出することができないものをいうとされている (BVerfGE 85, 69 [75])。この決定については、赤坂正浩「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第2版)』(信山社、2006年) 233頁以下も参照。

(70) ただし、判決以前から学説においても、突発的集会と緊急の集会の区別あるいはそれに類する区別が論じられていたことには留意しておいた方がよい。この点について、例えば、R. Honig, Aktuelle Probleme des Versammlungsrechts, BayVBl 1987, S.139f. を参照。さらなる文献については、A. Dietel, K. Gintzel u. M. Kniesel, Versammlungsgesetz, 15. Aufl., 2008 S.285 Fn.45に挙げられる諸文献を参照。他方で、条文上そのような区別を導く手がかりがないことを強調するものとして、Geis (Anm. 68), S.1025などがある。

(71) これはドイツでも、明確性要求が憲法適合的解釈の限界を画する役割も果たしている証拠といえよう。

(72) BVerfGE 85, 69 (77) [Abweichende Meinung der Richterin Seibert u. des Richters Henschel]. 少数意見を支持するものとして、Geis (Anm. 68), S.1029ff. がある。さらに Geis

実質的な違憲判断を前提として法令を救済する性格を持つ以上、元来、一定の「無理」を伴う側面を否定できないのが狭義の憲法適合的解釈であるが、91年決定がまさにそうであったように、裁判所内部でも、実際に見解に相違が見られることもしばしばである。憲法適合的解釈の一般的な許容性、必要性については争いがないと言っても良いが、個別の憲法適合的解釈の正当性、妥当性については多分に論争的だということが指摘できよう。

### 1.2.3. 最近の例

最後に、ごく最近の例から、また、憲法適合的解釈の守備範囲が基本権分野に限定されないことを示すためにも、統治機構論と人権論の双方一つずつを選択して、二つの判決を紹介しておくことにする<sup>(73)</sup>。

#### 1.2.3.1. 欧州金融安定化ファシリティ (EFSF) 判決

この判決<sup>(74)</sup>は、統治機構の分野に関わるものである<sup>(75)</sup>。事件の概要から説明すると、ギリシャの債務超過状況の発覚に端を発するユーロ危機への対応策の一環として、2010年5月のユーロ圏諸国の緊急首脳会議での合意に基づ

---

は、法廷意見が、どう意見の採用する憲法適合的解釈によって処罰範囲が限定されるという立場であると考えている節がある (siehe z.B. *M. Sachs*, *Entscheidungsbesprechung*, JuS 1992, S.604) が、開始前48時間を切って開催が決定した集会にも届出義務を課し、その違反に刑罰を科すのであるから、むしろ処罰範囲を拡大するものであるとして批判する (*Geis*, ebd., S.1030f.)。少なくとも、1985年判決の存在を前提にした場合、処罰が想定される範囲を拡大したということができ、本稿筆者自身は *Geis* の立場に説得性を感じる。

(73) ここまで紹介したものも、以下に紹介する最新判決も、いずれも連邦憲法裁判所の先例であるが、のちに述べるように、憲法適合的解釈は連邦憲法裁判所だけではなく、専門裁判所においてもなされる。ここでは、あくまで憲法適合的解釈に対するイメージを提供するため、最低限の先例を紹介しているに過ぎない。連邦通常裁判所や連邦行政裁判所による憲法適合的解釈の具体例については、さしあたり、毛利・前掲註(5)337頁以下や原島・前掲註(7)64巻6号1794頁以下を参照。

(74) BVerfGE 129, 124. この判決については、拙著『グローバル化と憲法』(弘文堂、2017年) 78頁以下でも若干触れた。

(75) もっとも、実質的には民衆訴訟と言えるものではあるが、一応は、連邦議会の権限の侵害が、基本法38条1項で保障された国民の選挙権侵害の成否が争点となった憲法異議手続における判決であることには、注意しておく必要がある。この点については、村西良太「多国間の政策決定と議会留保」法政研究80巻1号(2013年)10頁以下、拙著・同上32頁註(52)、436頁註(59)なども参照。

き、ユーロ圏諸国は、ルクセンブルク法上の特別目的事業体である「欧州金融安定化ファシリティ（EFSF）」を設立し、EFSFの発行する債券（ESFS債）の発行によって獲得した資金を過重債務国に融資する枠組みを構築した。この枠組みにおいて、欧州中央銀行への払込資本金割合に応じた比率でユーロ圏の各国が、ESFS債の保証を引き受けた<sup>(76)</sup>。ドイツにおいてこの引き受けを行なったのが、欧州安定化メカニズムの枠組みにおける保証の引受に関する法律（以下、欧州安定化メカニズム法<sup>(77)</sup>）であるが、この法律において規定された保証引受への議会関与のあり方が、連邦議会の財政決定権限を侵害するものではないかが直接的な論点（の一つ）となった。この点に関連して、判決当時の欧州安定化メカニズム法1条4項は、保証引受について連邦議会予算委員会との事前の狭義に努めるよう連邦政府に求めていたにとどまる<sup>(78)</sup>。しかし、連邦憲法裁判所は、この条文の解釈が違憲の結果を生むのを回避するためには、やむを得ない事情がない限り事前に予算委員会の同意を必要とするものと見なければならなかったものであった<sup>(79)</sup>。実際上の考慮から、ユーロ救済措置に軽々しく違憲判断を下すことはできない<sup>(80)</sup>一方で、議会権限を確保する必要性を強調したい連邦憲法裁判所の苦肉の策と評価できるとはいえ、日本の我々の目から見ると、解釈としてかなり無理があるように思われる<sup>(81)</sup>。しかし、この憲法適合的解釈に関する判示に少数意見は付さ

(76) 以上の経緯については、村西・同上7頁以下を参照。

(77) 村西・同上8頁では、「EFSF保証引受法」という略称が与えられているが、筆者自身の旧稿における用語法と統一させて、本文のような略称を用いる。

(78) 欧州安定化メカニズム法1条(旧)4項は、判決当時、次のように規定していた。「1項に基づく保証引受けに際して、連邦政府はドイツ連邦議会予算委員会と予め協議するよう努めなければならない。予算委員会は、態度決定の権限を有する。やむを得ない事由により、協議の開催に先んじて保証が引き受けられなければならない場合に限り、予算委員会は遅滞なく事後に情報提供を受けるものとする。協議開催前に保証引受けが回避できないことは詳細に理由づけられなければならない。加えて、ドイツ連邦議会の予算委員会は、四半期ごとに、引き受けられた保証及び規律に従った運用について情報の提供を受けなければならない。」

(79) BVerfGE 129, 124 (186).

(80) Siehe C. Klotz, Die Machtbalance zwischen Politik und verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, ZRP 2012, S.5.

(81) ドイツでも、解釈としての限界を超えている可能性を指摘するものとして、M. Ruffert,

れていないし、ドイツでは、一定の「無理」を伴うことに言及するものとはともかく、存外にこの「解釈」を正面から批判を展開するものは少ない<sup>(82)</sup>。

### 1.2.3.2. ムスリム教諭スカーフ着用事件決定

事件当時のノルトライン・ヴェストファーレン州の学校法（以下、単に学校法とする）<sup>(83)</sup>57条4項<sup>(84)</sup>では、教員に宗教的な中立性を求め、宗教観の表明を禁じていたところ、公立学校のムスリム教諭が、職務中にスカーフ（Kopftuch）やそれに準ずる肌を隠す衣類を着用していたとして、この条項の違反を理由に解雇された事件である。

連邦憲法裁判所は、まず、教育者の信仰、良心の自由を考慮にいと、学校の平穏や国の中立性を害する抽象的な危険があるというだけでは、問題となる信仰等の表明が（行為者本人には）義務的であると認識されている宗教上の規律に起因すると確認可能な場合にそれを禁じることは適切ではなく、均衡性に欠くとし、むしろ十分具体的な危険が必要となるという結論が

---

Die europäische Schuldenkrise vor dem Bundesverfassungsgericht, EuR 2011, S.850f. や C. Callies, Der Kampf um den Euro, NVwZ 2012, S.4がある。また, W. Philip, Verlassene Steuerzahler, ZRP 2011, S.241は, 「本来は, 文言から可能な解釈ではない」とする。Siehe auch U. Kranenpohl, ist Karlsruhe ›Europa‹ ausgeliefert?, ZfP n.F. Bd.60, 2013, S.95.

(82) 例外的に鋭く批判するものとして, A. Götz u. L. Schneider, Das Bundesverfassungsgericht als Ersatzgesetzgeber, DVBl 2012, S.145ff. がある。また, 憲法適合的解釈の限界を超えた *contra legem* な解釈と整理するものとして, M. Pagenkopf, Schirmt das BVerfG vor Rettungsschirmen?, NVwZ 2011, S.1480もある。

(83) 先のムスリム女子生徒男女合同体育授業受講免除事件で問題となった, ノルトライン・ヴェストファーレン州一般教育令に取って代わった, (州) 議会制定法である。

(84) 当時の条文は以下の通りである。

「教員は、学校内において、政治的、宗教的、及び世界観に関する学校の平穏、並びに生徒及び保護者に対する州の中立性を害し、もしくはこれらを乱すような、政治的、宗教的、及び世界観に関連する表明、その他これらに類似する表明を行ってはならない。教員が人間の尊厳、基本法3条に基づく平等取扱、自由権、または自由で民主的な基本秩序に反対する態度をとっているとの印象を、児童、生徒及び保護者に与えるような外部行為は特に慎まなければならない。ノルトライン・ヴェストファーレン州憲法7条及び12条6項に基づく教育任務を実現と、キリスト教的、西洋的な、教養・文化価値または伝統の適切な表出は、第1文に反しない。第1文の中立性命令は宗教教育、宗派学校、及び世界観学校には適用されない。」



まず示される<sup>(85)</sup>。そこに至る根拠づけとして、以下のような議論を展開する。すなわち、公立学校の教員も信仰、良心の自由の享有主体であることを確認するとともに、ムスリム女性にとってスカーフの着用が宗教上義務的なものと解されていることを確認する。その上で、衣類の着用も学校法57条4項にいう「表明」に該当しうることを確認しつつ、他方で、児童・生徒の消極的信仰、良心の自由や国家の宗教的中立性要求を加味して、学校の平穏や国家の中立性要求が害される危険性について、十分具体的なものを求める<sup>(86)</sup>という限定解釈がなされるべきであるという。そして、このような学校法57条4項第1文の限定解釈は、可能であるし、憲法によって要請されるとして、以上のような解釈を憲法適合的解釈として位置付けている<sup>(87)</sup>。

一方、学校法57条4項第3文が、キリスト教徒・ユダヤ教徒以外を差別的に取扱うものであり、基本法3条3項、同33条3項に違反していないかという論点については、憲法適合的解釈の限界として、文言と明確に認識可能な立法者の意思というものをあげた<sup>(88)</sup>。そして、憲法異議の対象となっている連邦労働裁判所判決が行った、「表明 (Bekundung)」と「表出 (Darstellung)」

(85) BVerfGE 138, 296 (327, Rn.80).

(86) 本稿の主題とは直接関係ないが、スカーフの着用を理由とした、採用拒否の合憲性が争われた、2003年の第二法廷判決では、生徒の消極的信仰の自由への影響は抽象的なものにすぎないと判断されていた (BVerfGE 108, 282 [307]). なお、少数意見は抽象的危険でも制限事由となるとしていた。Siehe BVerfGE 108, 282 [326]) にも関わらず、これを理由として実体的な違憲判断が下されるのではなく、教員にスカーフ着用を禁止する法律の根拠を欠くという理由で違憲判断がなされた (BVerfGE 108, 282 [313])。このため、2003年判決は抽象的な危険による禁止を容認していたとして、2015年決定はこれに抵触しているのではないかという議論 (siehe z.B. B. Rusteberg, Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren, JZ 2015, S.638ff.; M. Hong, Berichte und Kritik, Der Staat Bd.54, 2015, S.420f.) もある。なお、本稿筆者は、この点について、危険の具体性に関する言及はあくまで傍論で、2003年判決はあくまで法律の留保の不充足を指摘した判決であったと見るべきではないかと考えている。Siehe Rusteberg, ebd., S.639; Hong, ebd., S.426f.; C. Franzius, Vom Kopftuch I zum Kopftuch II, Der Staat Bd.54, 2015, S.444. 2003年判決については、渡辺康行「イスラム教徒の教師志願者に対するスカーフ着用を理由とする採用拒否」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、2008年) 123頁以下などを参照。

(87) BVerfGE 138, 296 (343, Rn.117). その他、上記のような限定解釈が学校法57条4項第2文とも整合的であるとも指摘している (BVerfGE 138, 296 [344, Rn.118])。

(88) BVerfGE 138, 296 (350, Rn.131f.).



を区別し、また「キリスト教的」という語から信仰的意味合いを排除した憲法適合的解釈を、立法過程に言及しながら立法者意思に反するとして拒絶し、さらには、上記のような憲法適合的解釈は規制範囲の明瞭化機能も害するという<sup>(89)</sup>。こうして、決定は、学校法57条4項第3文を、基本法3条3項、33条3項に違反して違憲であると判示した<sup>(90)</sup>。

以上のような法廷意見に対して、Schluckebier・Hermanns 両裁判官の少数意見<sup>(91)</sup>は、反対に、法廷意見による学校法57条4項第1文の憲法適合的解釈は、立法者意思を超えるものであり認められず、学校法57条4項第3文は、連邦労働裁判所が行ったように憲法適合的解釈が可能であるとして、真っ向から対立している。

あくまで、下位法の解釈として、憲法も加味し、また違憲性を意識しながら解釈が行われたことは、最終的に具体的危険性の発生を要求する限定解釈を導いた点も含めて、我が国の堀越判決を彷彿とさせるところがある<sup>(92)</sup>。もっとも、ここでも、裁判所内部を含めた鋭い対立が存在していることが注目される<sup>(93)</sup>。

(89) BVerfGE 138, 296 (350, Rn.133ff.).

(90) BVerfGE 138, 296 (352, Rn.138). この点、2003年判決 (BVerfGE 108, 282) の差戻審である、2004年の連邦行政裁判所判決は、バーデン・ヴュルテンベルク州法の同様の規定を平等原則に反するものではないとしていた (BVerwGE 121, 140 [150ff.]).

(91) BVerfGE 138, 296 (359ff.) [Abweichende Meinung des Richters Schluckebier u. der Richterin Hermanns].

(92) ただし、堀越判決においては、違憲の可能性の意識は意図的に示されていないこと、限定解釈を施した条文の合憲性審査を行っていることという、本決定にはない特徴があり、注意しておく必要がある。

(93) なお、評釈類で本決定の憲法適合的解釈の方法論を含めた妥当性について論じるものは少なく(ただし、どのような場合に具体的危険が認められるのか判然としない [S. Muckel, Pauschales Kopftuchverbot an öffentlichen Schulen verletzt die Religionsfreiheit, JA 2015, S.478; U. Sacksofsky, Kopftuch als Gefahr, DVBl 2015, S.805f.] とか、民主的立法府ではなく現場の行政による第一義的な判断を委ねる結果となった [D. Enzensperger, Verfassungsmäßigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen, NVwZ 2015, S.872; 著者はコンスタンツ大学の助手も務めた公法学者であり、市長でもある] とかいう点を批判的に指摘するものは一定数見られる)、実体的判断の面も含めて法廷意見に肯定的なもの(ここでは、中でも例えば、「いずれの点においても妥当な判断を行なった」と評価する、T. Klein, Das Kopftuch im Klassenzimmer, DÖV 2015, S.470を挙げておく)が多数である。ただし、ジャーナリズムのレベルでは、本決定の実

### 1.2.4. まとめ

狭義の憲法適合的解釈のいくつかの例を示したが、解釈として「無理」を伴うものが多い印象を受ける。実際に、裁判所内部においても対立が存在し、少数意見がつくことがしばしばであることも確認されたところである。もちろん、先例の選択に偏りがある可能性は否定できないわけではないが、憲法適合的解釈の限界は学説上も大きな論点になっているのは事実である。ここでみた先例においても、憲法適合的解釈の限界——とりわけ、立法との境界づけ——の問題について連邦憲法裁判所が自覚的であることは明らかになっており、文言や立法者の意思が限界として、憲法適合的解釈の限界として提示されていたところである。とは言え、限界設定の一般論に争いはないものの、まさに当該限界を超えているかどうかについて、法廷意見と少数意見が対立しているということは、この限界設定が十分に機能するものではないことを示唆する。

## 2. 解釈方法論における位置付け

前章で実例を見ながら、ドイツにおける憲法志向的解釈と憲法適合的解釈（狭義）の基本的な概念について確認した。いずれも「解釈（Auslegung）」という名称が与えられており、ドイツでは解釈方法論（Methodenlehre）に置いてどのような位置付けを与えられるのかが論じられている。もう少し具体的には、サヴィニー以来の伝統的な四つの解釈方法（文理解釈、体系的解釈、歴史的解釈、目的論的解釈）との関係性、すなわち、新たな五つ目の解釈方法として付け加えられるものなのか、あるいは従来の解釈方法に包摂されるものなのかというようなことが論じられているのである。

この点についても、憲法志向的解釈と憲法適合的解釈（狭義）に分けて説

---

体的判断に否定的なものを多く見られるようである。Siehe *Sacksofsky*, ebd., S.801. 評釈の中で法廷意見に否定的なものとして、*K.-H. Ladeur*, *Das islamische Kopftuch in der Christlichen Gemeinschaftsschule*, JZ 2015, S.633ff. がある。

明されることが一般的である。まず、憲法志向的解釈については、これを、伝統的な解釈方法に新たなものを加えるものではなく、伝統的な解釈方法に包摂されるものと説明される<sup>(94)</sup>。すなわち、憲法志向的解釈とは、法体系の統一性に配慮して、上位法、国法秩序において最高位に位置付けられる憲法の規範内容との整合性を心がけるというものであり、基本的には体系的解釈のうち<sup>(95)</sup>、上位法に着目した特殊な形態をとるものの一つ<sup>(96)</sup>として位置付けられる<sup>(97)</sup>。また、法律以下の法令を憲法価値の実現を目的とする手段として捉える見解からは、広い意味での目的論的解釈の一種としても整理されることが可能である<sup>(98)</sup>。また、憲法志向的解釈とは、いわば当然行われるべきものであり、特段それをくり出して論じる必要はないとする Canaris の指摘<sup>(99)</sup>も、以上のような説明と基本的な見解を共有しているといえよう。

他方、憲法適合的解釈（狭義）については、どうであろうか。これについては、次のように説明されるのが一般的である。つまり、憲法適合的解釈は、従来の解釈方法に並ぶものでも、それらの一つに包摂されるものでもない。従来の解釈方法によって複数の解釈結果が得られる場合にそのうちどれを選択するかに関するルールなのである<sup>(100)</sup>。仮にこのように整理するのであれば、どのようなルールを提示しているかが問題となろう。この点、複数の解釈結果というものの中には、憲法に適合しないものと憲法に適合するものを

(94) z.B. C. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S.182.

(95) 体系的解釈は、本来、上位の法のみに着目するものではない。したがって、憲法の優位を前提とした法律解釈における憲法規定の考慮と、憲法の優位を前提としないものとの間には、断絶を認めることができることには注意しておく必要がある。この点を強調するものとして、Heun (Anm. 19), S.97f. がある。あわせて、前掲註24も参照。

(96) 上位法としては、憲法のほか、欧州連合法もあり、ドイツでは、欧州法適合的解釈、あるいはその一種である（欧州）指令（Richtlinie）適合的解釈（いずれも広義）なども論じられている。

(97) Siehe Lembke (Anm. 11), S.29f.; D. Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl., S.93 Rn.254ff..

(98) Siehe Lembke, ebd., S.30.

(99) Canaris (Anm. 54), S.154.

(100) Kuhlen (Anm. 14), S.2; Höpfner (Anm. 94), S.182. Siehe auch R. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., 2012, S.44.

含んでいることが前提となっており<sup>(101)</sup>、この中から、憲法に適合しないものではなく、それに適合的なものを選択しなければならないというのが、憲法適合的解釈の原則であり、そこで選択される解釈が、憲法適合的解釈ということになる。なお、この狭義の憲法適合的解釈についても、広く欧州連合法などを含んだ、上位法に適合的な解釈結果を選択すべき準則の下位分類として位置付けられており、このより広い概念を、序列適合的解釈(rangkonforme Auslegung)<sup>(102)</sup>とか体系適合的解釈(systemkonforme Auslegung)<sup>(103)</sup>などと呼ぶこともある。

Dworkin などのいう原理・ルール二分論に従えば、憲法志向的解釈は原理に、憲法適合的解釈はルールに位置付けられるとする論者<sup>(104)</sup>もいるが、上記のような説明が妥当だとすれば、そのように整理されることとなろう。

ところで、ここでの議論にも少し関わるが、わが国において、憲法適合的解釈（むしろ、ドイツでは憲法志向的解釈に対応）と合憲限定解釈（ドイツでは、憲法適合的解釈〔狭義〕に対応）の区別について、合憲限定解釈は通常の法解釈とは異なり、若干の無理を伴うというニュアンスがふされることがある<sup>(105)</sup>。しかし、少なくともドイツにおける狭義の憲法適合的解釈の定義づけそれ自体からは、「無理」を伴うだとか、アクロバット<sup>(106)</sup>だとかいうニュアンスは見えてこない。これはどのように考えれば良いのだろうか。この点、先に見た、ドイツにおける憲法適合的解釈（狭義）の先例には、解釈と

(101) Siehe K. Larenz u. C.-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.160.

(102) R. Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl., 2015, S.59.

(103) Siehe Höpfner (Anm. 94).

(104) Canaris (Anm. 54), S.145. Siehe auch Kuhlen (Anm. 14), S.2.

(105) 例えば、高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995年）77頁「〔解釈技術を駆使して〕行われるのが合憲（限定）解釈であるとする；初出、1987年」や、宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開（第2版）』（日本評論社、2014年）310頁「〔次善三善の解釈だけれどもやむを得ず〕選ばれる解釈であるという」を参照。

(106) ただし、K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S.1148が、連邦憲法裁判所の憲法適合的解釈をアクロバットだ(akrobatisch)というように、実際の憲法適合的解釈に対して、アクロバットであるとか無理のあるものであるという一般的な評価はなされている。Siehe z.B. Voßkuhle (Anm. 54), S.185ff.

しての限界が裁判所内部でも争いになるような「際どい」ものも多く含まれていた。また、伝統的な解釈方法によって得られる解釈結果の中に違憲のものを含むことが前提とされているのであるから、要は、解釈対象となる法令は、可能な意味の範囲内に違憲な部分を含んでいるということになる。そうすると、そのような法令を違憲無効判断から救済するという意味を持つのであり、解釈という形をとるには、實際上、若干の無理やアクロバットな理由付けを伴わざるをえないのではないだろうか。

先に挙げた四つの伝統的な解釈方法が、法令の意味内容へのアプローチの仕方の分類と整理することができるのに対して、法令の規定の具体的事件への適用のあり方を、法令の文言との関係も指標としながら整理することができる<sup>(107)</sup>。後者の整理において、条文本来の適用範囲への適用に止まる狭い意味での解釈か、本来の適用範囲には入らない領域について、立法者の意思や歴史的経緯などを手掛かりに法令の適用範囲を広げる、欠缺補充（あるいは縮減 [Reduktion]）などとも言われる裁判官による法の発展形成かが区別される<sup>(108)</sup>。例えば、「類推」は、日本では類推解釈などと呼ばれることがままあるが、本来適用されるべき法令規定を欠いているのであるから、解釈ではなく欠缺補充に整理されるわけである。また、文言から得られる適用範囲を縮減する場合も、ある意味では、裁判所による適用範囲の縮減であり、消極的な立法と整理することも可能で、欠缺補充に準じるものと位置付けられる。このような細かい分類を踏まえると、厳密な意味では、憲法適合的「解釈」（一応は広義だが、実際に問題となるのは狭義の場合が多い）とは言えない、憲法適合的縮減や憲法適合的類推と呼ぶべき類型も存在していることが指摘されている<sup>(109)</sup>。広い意味での「解釈」手法として認められる限りは、憲法適

(107) 我が国において——一般には、この区別に対する意識を欠くまま議論がなされているとの批判を込めながら——、この点を強調するものとして、解釈に当たって「参照することがら」と「条文の適用の仕方」を分離して整理する、笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、2009年）第1章3頁以下がある。

(108) Siehe z.B. *Larenz/Canaris* (Anm. 101), S.187ff.; *Schmalz* (Anm. 97), S.122 Rn. 453.

(109) 前者の例として、旧破産法における破産管財人の責任軽減を導いた、BVerfGE 88, 144 (167f.) や、先に紹介した、「緊急の集会」に関する、BVerfGE 85, 69が挙げられている。

合的縮減や憲法適合的類推と呼ぶべきものも許容されとするのが一般的であると言える<sup>(110)</sup>が、他方、法令の文言に反する、反制定法 (*contra legem*) 解釈については立法行為であり、限界を画すると説明される<sup>(111)</sup>。これはのちに触れる、憲法適合的解釈の限界論に直結している。

### 3. ドイツにおける問題の現象形態と議論

1と2では、憲法適合的解釈(広義)の定義や根拠、分類論、そして、解釈方法論における整理といった点について、その概要を見てきた。本章では、ここまでの検討で、憲法適合的解釈についての大まかなイメージをつかむことができたこととして、ドイツにおいて実際にどのような点で問題とされ、どのような議論が展開されているのかを見てみよう。

#### 3.1. 立法との境界問題

##### 3.1.1. 一般的な議論の状況

一つは、憲法適合的解釈の名の下に行われる裁判所の営みが、実質的な立法となっていないかという問題が盛んに論じられている。とりわけ、狭義の憲法適合的解釈については、法令を違憲無効から救うべく行われるので、解釈の枠を超えた実質的立法になっているのではないかという問題がよく提起されることになる<sup>(112)</sup>。さらに、裁判所が解釈を通じた「整形」によって法令

---

他方、後者の例として、未決勾留における保釈に関して、逮捕の際の要件である逃亡や罪証隠滅のおそれが再び認められることを基本法2条2項と結び付けられた比例原則に言及することによって要求した BVerfGE 19, 342 (351f.) などが挙げられている。

八一 (110) R. Zippelius, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S.121; Schmalz (Anm. 97), S.144 Rn. 367; Canaris (Anm. 54), S.155ff. もっとも、Canaris は、憲法適合的法の発展形成の許容性について明示的に認めるものは少ないという。

(111) Canaris, ebd., S.158f. ただし、用語法は一様ではなく、法の発展形成 (Rechtsfortbildung) と整理されれば、それは許されないなどというもの (z.B. Voßkuhle (Anm. 54), S.197ff.) も見られる。Siehe auch Lembke (Anm. 11), S.45.

(112) z.B. Voßkuhle (Anm. 54), S.185f. Siehe auch Lembke (Anm. 11), S.44f.

を違憲無効から救ってしまうことは、立法者から良き法を作ろうというインセンティブを奪うものであり、却って立法の質を落とすという指摘<sup>(113)</sup>や、裁判所による「解釈」を通じた法令の意味内容の固定は、違憲無効の判断以上に立法者の判断権を害するものであるという批判<sup>(114)</sup>も見られる。

もっとも、上記のような問題は憲法解釈に限らず古くから問題となっている、裁判所による法の発展形成の限界という問題<sup>(115)</sup>の一環をなすものであり、裁判所と立法者の権限の境界問題と整理される。我が国においても、これもすでに触れたように、合憲限定解釈をめぐるのは、立法作用との関係でその限界が従来論じられてきたところ<sup>(116)</sup>であり、われわれにとっても馴染みのある、理解しやすい問題であるということができよう。

連邦憲法裁判所も憲法適合的解釈を導入した当初からこの問題には自覚的であり<sup>(117)</sup>、憲法適合的解釈の限界づけについて言及してきた<sup>(118)</sup>。諸判決は、民事訴訟法改正による上訴制限が問題となった、1980年合同法廷 (Plenum) 判決<sup>(119)</sup>などを通じてまとめられ、次のような定式に整理されている。その定式とは、①憲法適合的解釈は問題となっている法令の規定の文言の枠内で行われることが必要であり、②立法者による基本的な決定に抵触するようなも

(113) z.B. *Voßkuhle*, ebd., S.189. Siehe auch *Lembke*, ebd., S.111.

(114) z.B. *H. Michel*, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, S.279. あわせて参照, 宍戸 (動態)・前掲註(4)292頁。

(115) Siehe z.B. *Larenz/Canaris* (Anm. 101), S.187–190. 法の発展形成の限界に関するドイツの議論状況については、他の文献の所在も含めて、北村幸也「ドイツ基本法と裁判と法律 (一)・(二)」法学論叢179巻4号 (2016年) 109頁以下, 179巻6号 (2016年) 113頁以下を参照。なお、北村は、*Rechtsfortentwicklung* ではなく *Rechtsfortbildung* という語を用い、これに、「法の付加形成」という語訳を与えている。訳語選択の意図については、4号113頁註(12)を参照。

(116) 前掲註(50)ないし(52)及び対応する本文を参照。

(117) 1.2.1. で指摘したように、連邦憲法裁判所が憲法適合的解釈を初めて行なった、緊急受入法判決では、法律の目的に留意することが要求されていた (BVerfGE 2, 266 [288]) が、これは、立法者の意図を超えた裁判官による立法に陥ることを回避しようとしたものと言え、続いて紹介する、のちの判例によって形成された限界の定式とも通じるものがある。

(118) わが国において、ドイツにおける議論状況を夙に紹介したものとして、阿部・前掲註(3)228頁以下がある。

(119) BVerfGE 54, 277.



のであってはならないというものである<sup>(120)</sup>。これに関連して、法令の文言が明確な場合、あるいは、文言自体が明確でなくとも、立法者の意思が明確に認識できる場合には、これに反する憲法適合的解釈がそもそも排除されることも示されている<sup>(121)</sup>。

もっとも、このような限界づけが裁判所自体によって行われていることにそもそも限界を見いだすことができる。また、ある「解釈」が文言の範囲内にとどまっているか、立法者による基本決定の抽出とそこへの特定の解釈の抵触の有無などというものは、一義的に定まるものではない<sup>(122)</sup>。以上のような事情を踏まえて、上記のような境界づけに實際上意味はないとする見解も有力に主張されている<sup>(123)</sup>。実際に、境界を超えているかどうかをめぐる、裁判所内部でも往々にして争いが生じていることについてはすでに見た<sup>(124)</sup>。

### 3.1.2. 法理論的検討

#### 3.1.2.1. Lembke の議論

法理論的な観点から、憲法適合的解釈に対して批判を浴びせ、広い意味での憲法適合的解釈全体を葬り去ってしまおうとするのが Lembke<sup>(125)</sup>であり、興味深いので彼女の議論を紹介しておきたい。なお、Lembke の所論につい

(120) BVerfGE 54, 277 (299); Schlaich/Korioth (Anm. 27), S.307, Rn.449; Larenz/Canaris (Anm. 101), S.161.

(121) z.B. BVerfGE 54, 277 (299f.). 以上の判例における限界づけに関して、最近の例では、前述のムスリム教論スカーフ着用事件決定における指摘として、BVerfGE 138, 296 (350 Rn.132) なども参照。

(122) ポストモダンにおいては、文言の意味というものは偶然的・相対的なものでしかなく、規範の趣旨、立法者の意図というものも結局明白なものでなければ、その内容の特定は困難であり、通常あげられる限界が結局意味のないものであると説明するものとして、Siehe auch Lembke (Anm. 11), S.117ff..

(123) Voßkuhle (Anm. 54), S.186. Siehe auch H. Dreier, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzbindung?, Die Verwaltung, Bd. 36, 2003, S.111.

(124) 前掲註(72)及び(91), 加えてこれらに対応する本文を参照。

(125) 彼女は、3.1.1. にあげたものや3.2.1. で指摘するものとも多くが重複する憲法適合的解釈の難点を確認した上で、そのような難点の指摘にもかかわらず、なおも維持すべきものかどうかを判断すべく、法理論的な観点から、アプローチするのである。Siehe Lembke (Anm. 11), S.135. なお、毛利・前掲註(8)95頁は、そこで援用される法理論がなぜ純粋法学なのかについて十分な説明がないことを批判的に指摘する。

ては、すでに毛利による詳細な紹介がある<sup>(126)</sup>ので、ここでの紹介は最低限のものとする。

まず前提として、彼女は、憲法適合的解釈と呼ばれているものを、①憲法を法内容の認識手段として用いることによって法律を解釈することを意味する、憲法適合的内容決定 (verfassungskonforme Inhaltsbestimmung)、②複数の可能な規範の意味の中から憲法に適合的なものを選択する、優先ルール (Vorzugsregel)、③一般条項や不確定概念の具体化を憲法によりながら行う憲法志向的解釈 (verfassungsorientierte Auslegung)、④憲法の顧慮により法律の欠缺を補充する憲法適合的法の発展形成の4つに分類する<sup>(127)</sup>。

Kelsen の純粋法学をさらに純粋化した立場<sup>(128)</sup>を採用する Lembke は、解釈の名の下に法の定立を行うことは一切許されないことだという。敷衍すると、法の内容は一つであるとして、主観的・歴史的解釈への帰依を表明する<sup>(129)</sup>彼女は、法の認識を法の定立を厳格に峻別するのである<sup>(130)</sup>。こうして、法律の欠缺を憲法の援用により補充する、④憲法適合的法の発展形成は、否定されることになる<sup>(131)</sup>。加えて、法の内容は一つなのだから、複数の意味内容の存在を前提とする、③優先ルールとしての憲法適合的解釈も否定している<sup>(132)</sup>。

また、Lembke は、Merkel や Kelsen に依拠しながら、法の内容が相互に矛盾することは否定されるものではなく、法体系はそれを見越してその処理方法をあらかじめ決定している (「瑕疵予測: Fehlerkalkül」) と主張する<sup>(133)</sup>。

(126) 毛利・前掲註(8)特に95頁以下。また、本稿の Lembke に関する記述は、多くを毛利に負っている。

(127) Siehe *Lembke* (Anm. 11), S.330.

(128) Siehe *R. Christensen*, Buchbesprechung, JZ 2010, S.86 [具体的に171頁以下で法認識と法定立を分離可能とする点を指して、本文のように指摘]. Kelsen と Lembke の距離については、さしあたり毛利・前掲註(8)95-96・98頁における分析に委ねる。

(129) *Lembke* (Anm. 11), S.276ff.

(130) Ebd., S.172ff. u. 332f.

(131) Ebd., S.268 u. 335f. 厳密に言えば、立法者による授権が必要であるということになる (siehe ebd., S.183) が、そのような授権は見いだせないという。

(132) Ebd., S.213ff. u. 334.

(133) Ebd., S.168ff.

基本法は、その方法として、憲法に通常の法律が違反している場合、連邦憲法裁判所がそれを憲法違反として破棄するか、立法者によって廃止されるまでは下位法は有効であるという処理方法を採用しているのだという<sup>(134)</sup>。にもかかわらず、①法秩序の統一性などという理由なき推定を持ち出して、法内容を無理に上位法に「適合」させる作用は、法定立でしかない<sup>(135)</sup>。

最後に、憲法志向的解釈については、一般条項や不確定概念の規定は、法律による行政庁や裁判所への裁量付与、ある種の委任・授権であり、授権についても裁量行使についても基本権の拘束が生じるのは当然であり、わざわざ憲法規定の考慮を改めて述べる必要はなく、不要な概念であるという<sup>(136)</sup>。

こうして、彼女自身が様々な作用の集合概念だと指摘する憲法適合的解釈は、少なくとも「解釈」を名乗って行うことはおよそ許されないものであると結論づけられる。毛利が指摘する<sup>(137)</sup>ように、純理論的な立場から、「憲法適合的解釈」を葬り去ってしまうことが実務とりわけ裁判所に対して有意義な示唆、あるいは統制を与えるものとは言い難い。赤子を盥ごと流し去る議論という印象を強く受けるところである。

### 3.1.2.2. Poscher の議論

これに対して、法理論的な観点から、従来の議論、とりわけ限界論、統制論について説明を与えてくれる議論を展開するのが Poscher である<sup>(138)</sup>。文学における解釈を引き合いに出しながら、言語学上の議論にも触れつつ、彼は、法を含む言語的表現は、語用法的にその意味が決定されるのであり、発話者の意図により意味を与えられることになるのだという<sup>(139)</sup>。しかし、立法とい

(134) Ebd., S.212.

(135) 以上について、要約として Ebd., S.333f. も参照。

(136) Ebd., S.248f.

(137) 毛利・前掲註(8)特に98頁。

(138) もっとも、以下に引用する文献において、Poscher は広く法解釈、あるいは憲法解釈のあり方について論じている。すなわち、憲法適合的解釈を直接の議論の対象としてはない。

(139) R. Poscher, Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin, in: ders., J. Nolte u. H. Wolter (Hrsg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, FS Schlink, 2014, S.205.

うのは集合的行為で、単一の「作者」を想定することがそもそもフィクションに過ぎず、法定立者の意図であるとか意思はそもそも存在しないのであるから認識も不能である<sup>(140)</sup>。したがって、法の意味するところを明らかにする「解釈」という作業を行うために、通常平均的に言語の発信者たちが中核にある語に結びつける意図から生じる意味論の意味に依拠しながら、立法者の意図を指定するのだという<sup>(141)</sup>。そして、ある法にとっての典型的適用事案を背景に、限界事例や不明瞭な領域において、必要に応じて解決を為すべく、法解釈学 (Rechtsdogmatik) が発展してきた。さらに、このように形成された法解釈学によって、立法者の予測を超えた場面であると認められつつ、法解釈学的手法によって事案の処理が導かれる場面もあり、これが解釈学的法の発展形成 (dogmatische Rechtsfortbildung) である<sup>(142)</sup>。この解釈学的法の発展形成は、立法など他の法定立 (Rechtsetzung) とは異なり、あくまでテキストの解釈として行われるという制約を受ける<sup>(143)</sup>。まず、ここでは意味論の意味による制約が考えられるところである。しかし、限界事例というのは、法律テキストの意味論の意味に疑義がある場合であるので、意味論の意味は手助けとしても、限界としても機能することは望み薄であるという<sup>(144)</sup>。そして、そもそも伝統的に解釈と法の発展形成は区別されて論じられてきたが、その差異は紙一重であり、実践においては分離不可能である<sup>(145)</sup>。こうして、

<sup>(140)</sup> Ebd., S.207. なお, Lembke も立法者の統一的な意思というものはフィクションであるし、立法者意思とは規範的に構成されるものであり、およそ規範的なものをフィクションとするのであれば、立法者意思もフィクションであるとはする (Lembke (Anm. 11), S.289)。しかし、彼女において、立法者意思は存在し、文言や立法資料といった手がかりを通じて認識可能なものと考えられている。Siehe Lembke, ebd., S.290f.

<sup>(141)</sup> Poscher, ebd., S.206f..

<sup>(142)</sup> Ebd., S.208. 憲法適合的解釈、しかもその限界問題が論じられるものは、まさに、解釈学的法の発展形成の場合に該当する場合が多いのは、先に触れたとおりである。

<sup>(143)</sup> Ebd., S.209.

<sup>(144)</sup> Ebd.

<sup>(145)</sup> Ebd., S.210. ここでは、Kelsen があらゆる法実践において、あらゆる法適用が法定立と法解釈の両側面を持つことを示したのも、二つの要素の存在を説明するためのものにとすぎず、これらが明確に分離され、段階的に行われることを言ったわけではないという。2015年9月10日に筆者が行ったインタビューでも、この点について、運転という名の下に様々な行為が同時に、意識的に分離されることなく行われる自動車の運転と同じであ

結局は、法の発展形成についても、テキストがきっかけとなってそこから連想されるというのでは足りず、テキストが基準として働き、新たなテキストの創出としてではなく、すでに存在するテキストの描写として説明されることを要求するのだという<sup>(146)</sup>。それでいて、意味論の意味が限界事例において役に立たないのであれば、発話者として位置付けられる立法者の意思を措定する必要が出てくる。しかし、立法者の意思というのは認識不能であるということについてはすでに述べたとおりである。したがって、法のテキスト自体を擬人化し、テキストをフィクショナルな立法者として、あたかも合理的な意思・意図が存在しているかのように見せかける必要がある<sup>(147)</sup>。このように考えるのであれば、結局、裁判所による解釈にどのように制限を課していくことが可能なかが、問題となろう。この点、発話者は、自身が込めた意図を文脈に結びつけることができ初めて合理的な発話を行なったと言えるのであるから、フィクショナルな「立法者」という話者は、解釈者によって文脈にも基づきながら合理的に再構成されることによって、想定可能なのである。これは結局、解釈として示されるものに合理性が要求されるということの意味する<sup>(148)</sup>。Poscher は、この合理性の内容として、一貫性<sup>(149)</sup>、方法的合理性、正義への志向性などを挙げており、法治国的な構造や解釈 (Hermeneutik) としての枠組みによって生じてくる文言の限界や、真実らしさや学問的な裏付け——基本的には合理的仮説の体系的な構成と基礎づけ——の存在もこれに含まれるのだという<sup>(150)</sup>。

---

ると比喻を用いて説明していた。

<sup>(146)</sup> Ebd., S.211f.

<sup>(147)</sup> Ebd., S.212f.

<sup>(148)</sup> 以上について、Ebd., S.213f.

<sup>(149)</sup> R. Poscher, Der juristische Eigenstand der Verfassung, in: A. Scherzberg, O. Can u. İ. Doğan (Hrsg.), Verfassungstheorie und Verfassungsgebung, 2012, S.46f. は、一貫性は政治的判断と法学的判断を分かちものである、とりわけ政治的判断との対比が問題となる裁判所による憲法解釈の場面においては、重要な意義を持つと指摘する。なお、ここでは、憲法学による憲法解釈学 (Dogmatik) の構築を通じた、法学的憲法解釈のディスクリンを構築することの重要性が説かれる。

<sup>(150)</sup> Poscher (Anm. 139), S.214ff.

視点を変えれば、解釈としての限界は、結局、解釈が提示される共同体の法文化の中で「解釈」として受け入れられるかが解釈の限界を画するということができよう<sup>(151)</sup>。そして、以上の著述からも推測されるように、法の発展形成を含む、「解釈」の正当性、妥当性主張するにあたって大きな手助けになるのが、伝統的に用いられてきた法解釈方法<sup>(152)</sup>である。つまり、この方法論に従っていると説明づけられるかが、解釈としての妥当性を装えているかについての判断の指標となるのである<sup>(153)</sup>。

Poscher のこのような説明は、解釈作用や伝統的手法の前提の限界を解きつつ、伝統的方法の利用を装うことによって、フィクションを成立させようとするものであり、悪く言えば循環論法に陥っていることも否定できない。そして、彼の見解からは、伝統的な作法に則った「解釈」ととどまっていると裁判官が提示することが求められることになる。他方、裁判官は批判に晒されることはありえても、究極的には、批判があることは織り込み済みだと開き直って、「解釈」なのであると言い張れば足りる。したがって、この理論による限界づけの効果は、多分に裁判官の職業倫理に依存しているといえよう。その意味では、Ossenbühl が、憲法適合的解釈の限界づけについて、結局は裁判官のエートスにかかっていると言及していること<sup>(154)</sup>との親和性も読み取ることができる。

このように Poscher は、Lembke との対比で述べると、憲法適合的解釈を葬り去ってしまうのではなく、拘束は緩やかなものに過ぎないものの、制約

(151) 立法者がフィクションであり、解釈者により想定されるというのであれば、結局解釈に限界はないということにならないかという本稿筆者の問いに対して、Poscher は、日本において自衛隊合憲論が日本国憲法 9 条の解釈として示され、—— ドイツでは解釈として捉えることは受け入れがたいが—— 国民の多数によってそれが受容されていることにも触れながら、結局それぞれの法文化の中で、共同体の中で解釈として受け入れられるのかということが限界となると説明していた。

(152) ちなみに、Lembke も、解釈、あるいは法認識ではなく、法定立、しかも、政治的に埋められるべき判断の自由領域 (Freiraum) の残された法定立の統制に当たって、伝統的な法学の解釈方法論 (Methodelehre) が機能する可能性に言及する。Siehe Lembke (Anm. 11), S.319f.

(153) Siehe Poscher (Anm. 149), S.33ff.

(154) F. Ossenbühl, Richterrecht im Demokratischen Rechtsstaat, 1988, S.21.

の契機を取り入れつつ許容するという点で最終的な到達点は大きく異なる。Poscher の議論に対しては、従来の議論の枠内にとどまっており、見るべきものは特にないという指摘も可能であろう。しかしながら、従来の限界論が示す、文言の限界といった指標がなぜ指標たりうるのか、指標としての意義はどのようなものなのかを説明してくれているという点で重要な指摘である。

## 3.2. 通常の法令解釈と憲法判断の境界問題

### 3.2.1. 問題の概要

憲法適合的解釈（広義）を巡って、ドイツにおいて議論の対象となっている問題として、次に、憲法裁判所による通常法解釈と、専門裁判所による憲法解釈という、憲法裁判所と専門裁判所の権限行使の交錯問題がある。

前者の憲法裁判所による通常法解釈の問題には、憲法志向的解釈が関わることになる。憲法志向的解釈というのは、先に述べたように、体系的解釈や目的論的解釈の一種として、通常法の一般的な解釈手法の中に憲法規定の考慮を位置付けられる。この場合、第一の段階として、憲法裁判所によるものに限られないが、通常の法令解釈が憲法問題化することを意味する。そして、専門裁判所の法令解釈において十分に憲法が考慮されたかという審査が憲法裁判所によって行われうるのであり、結局、専門裁判所による通常法解釈を憲法裁判所が審査し、あるいは憲法裁判所自身による独自の通常法解釈が示されるわけである<sup>(155)</sup>。ただし、通常法解釈の権限の所在というものは、ドイツにおいて必ずしも明確ではないことには留意しておく必要があろう<sup>(156)</sup>。なお、この問題は、基本法20条3項による裁判官の法律への拘束により、あら

(155) z.B. K.A. Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, S.33f. u. 46. Siehe auch Voßkuhle (Anm. 54), S.196; Kühlen (Anm. 14), S.14.

(156) すぐ後に述べる、Heck の定式などが論じられる場合などに、通常法の解釈は専門裁判所の権限に属する事項であるということがしばしば指摘される。しかし、アメリカ合衆国において、州裁判所の州法解釈に連邦裁判所が拘束されるルールのように、裁判所を厳格に拘束するものとしては機能していない。実際には、連邦憲法裁判所などによる、通常法解釈が一般化しているからこそ、議論となっているのであり、「原理」と呼んでも良い、緩やかな拘束性を持つものに過ぎないというべきであろう。



ゆる法適用の誤りが憲法問題となりかねないこと、一般的行為自由説が採用されており、自由制約がすべからず憲法問題となりうること、客観的価値秩序としての基本権論<sup>(157)</sup>に基づいて私法秩序を含む全法秩序が憲法の強い影響の下に置かれることが是認されていることといった事情<sup>(158)</sup>から、法秩序の「憲法化<sup>(159)</sup>」の問題と深く関連している<sup>(160)</sup>。また、技術的な側面に着目すれば、連邦憲法裁判所の「超上級審」化の問題としても現れる<sup>(161)</sup>。

続いて、後者の専門裁判所による憲法解釈の問題であるが、ここでは、特に具体的規範統制の場合に、連邦憲法裁判所への移送要件として、連邦憲法裁判所が専門裁判所に憲法適合的解釈を尽くすことを求めていること<sup>(162)</sup>な

(157) 客観的法秩序としての基本権論や基本権の照射効 (Ausstrahlungswirkung) と言われるものによって、憲法志向的解釈の必要性や許容性が基礎付けられるという点 (siehe z.B. Dreier (Anm. 122), S.112) に注意しておく必要がある。

(158) 以上の三点について、例えば、R. Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht — Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL, Bd.61, 2002, S.11; M. Kennntner, Das BVerfG als subsidiärer Superrevisor?, NJW 2005, S.785f. などが指摘している。

(159) 関係文献は、枚挙にいとまがないが、さしあたり、G.F. Schuppert u. C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000などを参照。

(160) 関連して、法体系における憲法の優位というような理論的なものではなく、実際の憲法裁判制度こそが「法秩序の憲法化」を構造的に進行させていると強調するものとして、穴戸 (動態)・前掲註(4)328頁を参照。

(161) 超上級審と化してしまう問題性については、連邦憲法裁判所も当初から (siehe BVerfGE 1, 418) 自覚的であり、判決に対する憲法異議の許容性を巡って、「Heckの定式」を提示 (BVerfGE 18, 85 [92]) して、「憲法固有の部分」の侵害があって初めて審査が可能であるという限界設定を行なっている。判例による審査範囲設定の詳細な展開に関する邦語文献として、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判 (第2版)』(中央大学出版部, 2013年) 345頁以下 [川又伸彦執筆部分] などを参照。あわせて、原島・前掲註(7)64巻5号1300-1301頁も参照。

にもかかわらず、現状認識として、Heckの定式が限界設定に成功していないとするものとして、Kennntner (Anm. 158), S.786f. [一般的行為自由説の採用によって、個別基本権への関係性という基準はあってないものだと言及する] などがある。Siehe auch z.B. H.-J. Papier, Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeiten, DVBl 2009, S.478f.

(162) z.B. BVerfGE 22, 373 (377); 48, 40 (46); 124, 251 (260ff.) [これらは、いずれも、専門裁判所の違憲判断 (移送要件充足の判断) が妥当ではないという判断にとどめ、自身の法令解釈を示すというものには至っていないと言える。しかし、とりわけ、BVerfGE 124, 251については、確かに自判には至っていないものの、立法過程にまで検討を及ぼし、立法者意思に沿った解釈をこなっているかなど、実体的な判断内容にかなり入り込んで審査

どを要因として、専門裁判所による憲法適合的解釈が常態化していることが問題となっている<sup>(163)</sup>。とりわけ、狭義の憲法適合的解釈は、可能な意味の範囲に違憲な意味を含んでいることを意味しているのであるから、実質的には部分違憲判決と異ならない憲法判断を行なっていることになる。そうすると、各種専門裁判所による、実質的な違憲判断を含む憲法判断が一般化することとなり、毛利透が法の支配型憲法訴訟への変化として描き出した<sup>(164)</sup>現象が生じている。また、実質的に違憲判断がなされているということは、違憲判断の憲法裁判所による独占という原則が破られていることを意味しており、問題視されている<sup>(165)</sup>。また、さまざまな専門裁判所によって、区々な憲法解釈が示されるのを許すこととなり、憲法の権威の低下を招くという批判もなされているところである<sup>(166)</sup>。

以上のような問題点に対する対応策として、一部の論者によって提示されているのが、実質的な違憲判断を伴う狭義の憲法適合的解釈については、連邦憲法裁判所にのみ許されることとし、他方、あくまで通常法の解釈として行われるべき、憲法志向的解釈については、専門裁判所に独占させるというものである<sup>(167)</sup>。現在<sup>(168)</sup>、連邦憲法裁判所の長官を務める Voßkuhle も、判

---

している印象を受ける。これは移送要件の厳格さを示すものであるとともに、具体的規範統制における移送要件審査においても、連邦憲法裁判所による通常法解釈の問題が生じていることを示している。邦語では、毛利・前掲註(5)340-341頁や原島・同上64巻5号1298頁のほか、一般的な説明として畑尻ほか編・同上386頁〔畑尻執筆部分〕などを参照。

<sup>(163)</sup> Voßkuhle (Anm. 54), S.190.

<sup>(164)</sup> 毛利・前掲註(5)346頁。

<sup>(165)</sup> 憲法適合的解釈と部分違憲の同質性を指摘（この点については、Voßkuhle (Anm. 54), S.181なども指摘する）し、専門裁判所による憲法適合的解釈が違憲判断の連邦憲法裁判所の違憲判断独占に反すると強調するものとして、J. Burmeister, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966, S.120ff. などがある。わが国でも、部分違憲との同質性については、阿部・前掲註(3)233頁が夙に触れていた。あわせて、穴戸（動態）・前掲註(4)290-291頁も参照。

<sup>(166)</sup> Voßkuhle, ebd., S.188.

<sup>(167)</sup> 古典的なものでは、前者については、すでに註<sup>(163)</sup>でも触れたが、後者に関して、同じく Burmeister (Anm. 165), S.108ff. が触れている。また、前者に関して、専門裁判所には、伝統的な解釈方法の枠内にとどまる限りでの憲法適合的解釈のみが許容されるという、U. Seetzen, Bindung und Grenzen der verfassungskonformen Auslegung, NJW 1976, S.2001もこの趣旨を述べるものと整理して良いだろう。

事に就任する前に、連邦憲法裁判所は、通常法の解釈については、専門裁判所のそれに拘束されると解するべきで、専門裁判所によって示された特定の解釈結果について、その合憲違憲を判断すれば良いと主張していた<sup>(169)</sup>。彼はまた、具体的規範統制における移送の要件として、憲法適合的解釈尽くすことを求めるのではなく、違憲の可能性が一定程度認められればこれを充足すると考えて、専門裁判所における憲法判断を回避しようという主張もしている<sup>(170)</sup>。なお、同じ憲法裁判所の仕組みを採っていても、イタリアにおいては移送要件を厳格にしておらず、憲法裁判所による憲法解釈の独占が比較的徹底されていることを指摘するものも見受けられる<sup>(171)</sup>。

### 3.2.2. 若干の検討

3.2.1. で見たように、ドイツにおいては憲法適合的解釈（広義）に関連して、専門裁判所と憲法裁判所の権限の抵触が大きな問題となっている。この問題に対しては、これも先に触れたように、狭義の憲法適合的解釈と憲法志向的解釈を分離して、それぞれを憲法裁判所と専門裁判所に振り分けるこ

<sup>(168)</sup> 後述のような、判事就任前の主張にもかかわらず、彼自身も参加する決定（BVerfGE 124, 251 [262]）において、従来の移送要件が厳格な形で維持されている点について、原島・前掲註(7)64巻5号1298頁などを参照。

<sup>(169)</sup> Voßkuhle (nm. 54), S.197f. ただし、このように整理しても、憲法志向的解釈にもどうしても伴う憲法判断に関する限り、連邦憲法裁判所が専門裁判所に対する上級審となること（連邦憲法裁判所の「超上級審化」）は避けられないだろう。この点について、毛利・前掲註(5)345-346頁の指摘も参照。

<sup>(170)</sup> Ebd., S.200.

<sup>(171)</sup> Simon (Anm. 14), S.87. ただし、2016年の比較法学会シンポジウムにおける、芦田淳報告では、1996年憲法裁判所判決第356号を引用して、イタリアでも、「合憲性の問題を憲法裁判所に移送する前に、通常裁判官は、その問題となっている規定を憲法に反しない解釈によって解決できないかを確認するあらゆる試みをしなければならない」（当日配布資料より抜粋）旨、説明があった。イタリアにおける憲法裁判所への事件の移送要件、とりわけ憲法適合的解釈に関係する部分については、曾我部真裕・田近肇編『憲法裁判所の比較研究』（信山社、2016年）36頁【田近執筆部分】も参照。ここでの記述を参照すると、ドイツにおいて言われるような、先例にも拘束されず憲法適合的解釈の試みを尽くしたことが要求されるということはないようであり、ドイツほどには厳格ではないのではないかと印象を受ける。加えて、オーストリアとの比較も含めて、畑尻ほか編・前掲註(6)385頁【畑尻執筆部分】なども参照。

とが、その対応策となりうる可能性がある。その意味では、原島もいうように<sup>(172)</sup>、ドイツにおける通説が、憲法適合的解釈（広義）の分類について、憲法適合的解釈（狭義）と憲法志向的解釈の二分説を採用していることも故のないことではない。しかし、この二分説に立ちただかるのが、憲法適合的解釈（狭義）と憲法志向的解釈の区別が理論的には可能であったとしても、實際上、事後的・回顧的に評価することはともかく、将来的に裁判所による解釈を枠付けるような形で区別することが困難だ<sup>(173)</sup>ということである。連邦憲法裁判所の判断内容に対する監督手法が基本的には存在しないという状況において、上記の抵触問題に二分説をベースに対処するというのは、致命的であるということすら不可能ではない。

しかし、憲法適合的解釈と憲法志向的解釈の区別を強調する議論のなかには、理論的に重要な点に関係する指摘を含んでいる。それは、すなわち、憲法適合的解釈が、通常法律以下の法令の統制規範として憲法が機能する場面である一方で、憲法志向的解釈とは、通常法の解釈に当たって、嚮導的な役割を憲法が果たす場面であるという指摘<sup>(174)</sup>である。問題はこれのどこが理論的に重要な指摘なのかであるが、憲法を法秩序の中でどのように位置づけるか、どのような性格を与えるかという、根本的な憲法観に関係する視点を含んでいる点が重要なのである。敷衍すれば、古くから対立的に提示される<sup>(175)</sup>、

(172) 原島・前掲註(7)64巻6号1791頁。

(173) Siehe *Simon* (14), S.86.

(174) Siehe z.B. *Dreier* (Anm. 123), S.111ff.; *Simon*, ebd., S.86.

(175) Siehe z.B. *E.-W. Böckenförde*, Verfassungsgerichtbarkeit, NJW 1999, S.13 [邦語では、E.-W. バッケンフェルデ（初宿正典編訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、1999年）137-138頁 [小山剛翻訳部分]などを参照。vgl. *E.-W. Böckenförde*, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S.42ff.。ただし、この論文で Böckenförde は、憲法の意義をこの二つに限定しているわけではなく、この他にも歴史的に、君主の絶対権に対する制限としての憲法や階級間の妥協としての憲法など意味を持っていたとしている]; *R. Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat Bd.20, 1981, S.505ff.（ライナー・ヴァール（小山剛監訳）『憲法の優位』（慶應義塾大学法学研究会、2012年）238-240頁 [小山翻訳部分]）。邦語では、赤坂正浩「憲法の機能について」松井茂記ほか編『坂本昌成先生古稀記念論文集 自由の法理』（成文堂、2015年）21頁以下などを参照。

枠秩序としての憲法と実質的基本秩序としての憲法という見方である<sup>(176)</sup>。これらは、それぞれ、一定枠内の立法余地は認めつつ、国家権力の制約に主眼をおく憲法観と、全法秩序にわたる基本秩序を定めるものと位置づけつつ、そこでは立法による具体化を予定し、そこに立法者の決定余地を見出す憲法観に対応する。そして、機能面では、権力に制限を与える機能と通常法による国家形成に方向性を与える機能という二つの対照的な機能に対応する<sup>(177)</sup>。この二つの憲法機能に対応させると、憲法志向的解釈における嚮導的役割を担う憲法は、通常法における国家形成に方向性を与える機能を持つ基本秩序としての憲法<sup>(178)</sup>に、狭義の憲法適合的解釈における統制規範としての憲法は、権力に制限を与える機能を有した枠秩序としての憲法に対応しているのである<sup>(179)</sup>。そして、法秩序の憲法化を論じる前提として、上記のような二つの憲法の機能の存在を踏まえつつ、全法秩序に対する憲法の嚮導的機能を重視する議論を展開した<sup>(180)</sup>Bumkeが、憲法が通常法解釈に与える影響の程度によ

(176) 憲法は、両側面を有していることを強調し、二つを対立的に捉えるのではなく、両者の融合・調整を図ろうとする文献として、Alexy (Anm. 158) も参照。様々な憲法の機能と、それに対応した憲法規定の分類を行うものとして、A. Voßkuhle, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, AöR 1994, S.35などもあわせて参照。

(177) Siehe Schuppert/Bumke (Anm. 159), S.25f.

(178) 念のため付言しておく、憲法が、基本法の照射効などにより立法を一定の方向へ方向づけることは、立法者に一定の決定余地を認めることと矛盾しない。この点については、ベッケンフェルデ・前掲註(174)143-144頁参照。また、ここでは、憲法志向的解釈と客観的法秩序としての基本権概念や基本権の照射効概念との関連性が触れられていること(siehe z.B. Dreier (Anm. 123), S.112)が想起されるべきである。また、大枠にすぎない憲法を利用した、強力な憲法裁判権による違憲無効判断もありうる。

(179) とりわけ憲法の方向付け効果に関して、そこでは憲法は立法者以下に構造的な自由領域を与えることになる。これに関連して、Lembkeは法定立を授権するとともにそこに枠付けを与える憲法は、法定立の統制にあたり効果を発揮するという(Lembke (Anm. 11) S.308)。しかし、同時に彼女は、立法者以下に判断余地を残しているということは、そこでは政治的な自由な決定を許しているものであり、憲法を持ち出したところで、法的な審査・統制を与えることには限界があると指摘している点(ebd., S.308f. u. 327)が注目される。なお、Lembkeも法律の留保原則や個別基本権規定、恣意排除原則を用いて、個別法定立を憲法裁判所が統制する可能性は認めている(ebd., S.321ff.)。また、その審査に際しては、通常法の解釈と憲法解釈の差異は相対的であり、憲法裁判所と専門裁判所の境界画定の問題がどうしても生じてしまうことを指摘している(ebd., S.321)のは、本稿にとっても示唆的である。

(180) Schuppert/Bumke (Anm. 159), S.25ff.

って、憲法適合的解釈（広義）を分類するのが、原島が好意的に援用する<sup>(181)</sup>「三類型」論<sup>(182)</sup>である。Bumkeの提示するこの三類型論とは、憲法規範が通常法解釈に与える影響の弱いものから順番に、①すでに法律の中に構想されているが、明示されていない方向性を、憲法を手掛かりにすることにより見出し、そこに解釈を方向づける「憲法志向的（orientierte）解釈」、②憲法上特定の規範理解ないし帰結が要請される場合に、そこへと解釈を方向づける「憲法要請（verfassungsrechtlich gebotene）解釈」、③憲法に適合するように法律を修正する「憲法適合的（konforme）解釈」の三つに分類する<sup>(183)</sup>。憲法の機能が一つではないことを踏まえて、憲法が通常法に与える影響<sup>(184)</sup>は

(181) 原島・前掲註(7)64巻6号1792-1793頁。あわせて参照、宍戸（動態）前掲註(4)324頁以下。

(182) C. Bumke, Verfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes in den Jahren 2003 bis 2011, Die Verwaltung, 2012, S.85ff. Siehe auch Schuppert/Bumke (Anm. 159), S.45ff.

(183) 詳細な紹介、検討については、原島・前掲註(7)64巻6号1792-1793頁に譲る。

(184) なお、前述の通り、集合概念としての憲法適合的解釈の全てを葬り去ろうとするLembkeであるが、彼女も憲法適合的解釈の四類型全てを否定した上で、憲法が通常法の解釈・適用に与える影響について別途論じている（Lembke (Anm. 11), S.270ff.）。その内容は、大要以下の通りである。まず、Lembkeに特有の議論として、法の解釈・適用の前提となる事実の認定・評価も規範的な判断を伴うものであることを認め（なお、我が国の民事訴訟の文脈において、事実認定に法的な評価が伴うことを、裁判実務におけるその認識の欠如を批判しつつ指摘するものとして、山本克己「間接事実についての自白」法学教室283号（2004年）81頁がある）、そこに憲法も影響を与えうる（憲法適合的事実評価）としている点である（Lembke, ebd., S.272f.）。ただし、Lembkeによれば、事実認定は専門裁判所の管轄事項であることから、憲法裁判所が憲法を援用して事実認定を統制するのは、恣意性の排除など限定的な場面にとどまるという（ebd., S.273ff.）。次に、法認識の場面における憲法の作用についてであるが、上述の通り、主観的・歴史的解釈に帰依する彼女にとって、憲法という立法者の意思からすれば基本的に外部的なものとして位置付けられる（合憲な立法者意思推定にも否定的である）憲法を持ち出して、客観的な法律の意思などというものを導き出すことは許されるものではない。したがって、法認識の場面において憲法が出る幕はほとんどないという結論に落ち着いてしまう（ebd., S.295）。専門裁判所による法律解釈を憲法裁判所が憲法を用いて事後的に審査することについても、各裁判所の権限の関係から限定的なものとなり、平等や恣意性が審査の基準となるが、それは平等そのものというよりは、通常の解釈手法が適切に用いられたかという点がまさに問われているのだという（ebd., S.297f.）。最後に、法適用の段階における憲法の作用が問題となるが、この段階では、通常法律以下の法令がある事件に適用可能であるかを、憲法適合性判断を通じて確認する手段として憲法は働くのだとされる。結局、違憲性による法令の効力否定というのが法適用の場面での憲法の影響・作用のあり方なのである（ebd., S.301f.）。



強弱様々でありうることを示す興味深いものであるということができよう。もっとも、彼自身示唆するように、それぞれ厳格に輪郭づけられたものではなく<sup>(185)</sup>、区別の相対性、困難性という問題からは自由ではなく、せいぜい事後的な評価に基づく分類として機能しうるものであるように思われる。それでも、事後的であれ、国法体系における憲法の作用のあり方を知り、分析したいのであれば重要な視点を提供してくれよう。

### おわりに：我が国における展望

本稿——とりわけ前章(3)——では、ドイツにおける憲法適合的解釈が、憲法論の中でどのような位置付けを与えられるものであるかを簡単に紹介した。ここまでの概観を通じて、ドイツにおいては、広義の憲法適合的解釈が、立法者、憲法裁判所、専門裁判所という三つの国家機関の権限配分をめぐる「三つ巴」の争いの「戦場」を形成していること、広い意味での法解釈の意義と限界はどこにあるのか、憲法がどのような性質、役割を担うべきものなのかという、根源的で、理論的な問題にも深く根ざす問題であることを示すことができた。これは逆に言えば、憲法やその解釈のあり方をめぐる基礎理論が、実践的・応用的な意味で表出・現象する場面が、憲法適合的解釈という問題なのだということとなろう。その意味では、ドイツにおいて、憲法適合的解釈とは、単純で技術的な解釈作法などではなく、法秩序における憲法の位置づけにも関わる理論的重要問題として理解されているのだとまとめることができる。最後に、このおわりにでは、ドイツの議論を俯瞰することによって得られた以上のような視点が、我が国においてどのような意義を持つのかを確認して本稿を閉じることにしたい。

日本への示唆という点でまず踏まえておかなければならないのが、両国の違憲審査制の構造の相違である。そうすると、前章での議論の順序とは前後

(185) Bumke (Anm. 182), S.85 Fn.15も、「(彼のいう) 憲法志向的解釈」について、厳格に境界づけられた概念ではないという旨述べている。

することになるが、専門裁判所と憲法裁判所の権限の抵触問題について、司法裁判所による一元的な違憲審査制を採用している日本においては生じない問題であることが指摘できよう。もちろん、我が国においても、憲法裁判所導入論が常にくすぶり続け、最近では政治的文脈からも事前審査制の導入も含めて改めて活性化の様相を呈している<sup>(186)</sup>。そのことを想定すれば、専門裁判所（あるいは通常の司法裁判所）と憲法裁判所との権限設定の問題を引き受けることになることを知る契機となるとともに、それに対応できるすべはあるのか、あるとすればどのようなものかという立法論に繋がるのは当然である。しかし、ドイツにおいて、専門裁判所と通常裁判所の相克という現象形態を持って表面化しているのは、憲法を国法秩序においてどのように位置付け、どのような機能をそこにのぞむかという問題なのであるということを、本稿は拙いながらも描き出したのであった。日本も、憲法の国法秩序における位置付け・機能という深層にある問題からは自由ではない。この点に関して、日本では、歴史的・政治的な事情というものも多分にあるだろうが、日本国憲法の条文の簡素さにもかかわらず、憲法の枠付規範としての側面を強調するのが一般的であり、立法等による充填が重要な基本秩序を示すものであると考える思考は少ないように思われる。実質的な基本秩序としての憲法概念を強調することが、誤ったシグナルを送る危険性はあるが、実質的な基本秩序としての側面も持つ憲法を用いて、いかに立法者以下に対する授権と統制を与えていくべきかを真剣に論じること必要であろう<sup>(187)</sup>。そして、その一環として、事後的な評価になるにしても、憲法規定が通常法の解釈にどの程度影響しているのかを、憲法の機能にも着目しながら分析していく作業にも、日本においても取り組まれる意義が認められよう<sup>(188)</sup>。

(186) 例えば参照、井上武史「立憲主義とテキスト」論究ジュリスト20号（2017年）113頁。

(187) この点に関して、小山剛（さしあたり、同『基本権の内容形成』尚学社、2004年）を参照）や篠原永明（さしあたり、同「国家による自由秩序の実現（一）～（三・完）」法学論叢175巻6号（2014年）66頁以下、176巻4号（2015年）76頁以下、177巻3号（2015年）70頁以下）の一連の研究を参照。

(188) 赤坂・前掲註(173)49-50頁。もっとも、ドイツの判例実務も、必ずしも通常法解釈にどう憲法が作用するのかを示せていないように見受けられることについては、1.1.2.4.で述べた。

以上の点は、非常にマクロな議論であるが、日本における憲法適合的解釈という、もう少しミクロな点でも、ドイツでは専門裁判所と憲法裁判所の相克として現れていた問題は、我が国に示唆を与えてくれる。もう少し具体的にいうと、従来の合憲限定解釈とは区別される——むしろドイツにいう憲法思想的解釈に準じる——、憲法適合的解釈を日本において観念することの意義に関わるのである。つまり、宍戸が合憲限定解釈とは分類される憲法適合的解釈という概念を導入する理由を、単なる分類上の問題ではなく、「法令の規定が違憲か合憲かとか、処分が違憲か合憲かという形ではなくて、法令解釈の場面で憲法解釈が働く余地が、実際これまでも多かった。そして、そのことの良し悪しも含めて争点化して評価するための居場所として、憲法適合的解釈という概念装置を置くことの意味がある」と述べる<sup>(189)</sup>ように、狭い意味での統制規範としての憲法に限られない憲法の機能・作用を顕在化させるという意義が——宍戸にあっては、その問題性も認識した上で示されているが——、日本において「憲法適合的解釈」を導入することには伴うのである。もちろん、ドイツにおいて、通常法解釈の中に憲法を顕在化させたことによって、法秩序の憲法化が大きな問題になっていることに鑑みれば、憲法裁判所とは異なり、管轄の関係上、事案を憲法問題化する必要のない日本の裁判所において<sup>(190)</sup>、憲法を持ち出すことには抑制的でなければならないということもできよう。しかし、日本の裁判実務において、憲法のプレゼンスは非常に小さく、国法秩序の最高法規として、通常法解釈においてももう少し意識されて良いのではないかと、比喩的に言えば、「憲法論の普段使い」が広まっても良いのではないかという印象を受けるところである。しかも、少なくとも憲法についての考慮が暗に行われて来たのであれば、それを顕在化し

(189) 宍戸常寿ほか編著『憲法学のゆくえ』（日本評論社、2016年）43-44頁〔宍戸発言；初出、2014年〕。

(190) この点について、林知更「論拠としての『近代』」駒村圭吾編著『テキストとしての判決』（有斐閣、2016年）125頁〔初出、2016年〕などを参照。

加えて、独立の憲法裁判所を設けず、通常の司法裁判所に憲法判断を委ねることの意義と危険については、宍戸（現状分析）・前掲註(4)69頁も参照。

て<sup>(191)</sup>、検証の俎上に載せることができであるという宍戸の指摘は正鵠を射ているといえよう<sup>(192)</sup>。

次に残ったのが裁判所と立法者との間の領域画定問題である。この点については、本稿でもすでに少し触れたとおり、我が国においても論じられてきたところである<sup>(193)</sup>。これは、法の解釈適用というものを考える以上、常につきまとう永遠の問題といっても良い。そして、権力分立という憲法上の原理にも密接に関係するという意味でも、重要ではあるが、厄介な問題であるといえることができる。ドイツにおける一応の結論は、「解釈」の枠を超えてはいけなとしつつも、その限界設定自体に限界があることを認識しながら、裁判官のエートスを信頼して、伝統的な法解釈学的手法を通じて、合理的な説明を与えられているかを見るしかない、というものであるといえる<sup>(194)</sup>。法認識と法定立を厳格に分離し、「憲法適合的解釈」を全面的に否定する Lembke にあっても、結局広い意味での法適用を考えると、伝統的な法解釈学的手法による統制に一定の期待を表明しているのはすでに述べた<sup>(195)</sup>。この点、翻って我が国の様相を見ると、解釈方法論については、法学入門などの授業で申し訳程度に触れられるが、あとは法哲学の講義で触れられれば良い方であって、実定法研究者を含めた法律家が十分これを意識して、解釈論を展開しているかというところかなり疑わしいところがあるように思われる。そうすると、伝統的解釈方法論による規律というドイツの戦略を日本において展開するこ

(191) もっとも、憲法適合的解釈概念の導入により、あくまで通常法解釈における憲法の考慮に過ぎないとして、実質的な違憲判断が逆に隠蔽される危険があることには留意しておかなければならない。この点については、蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む(1)」法学教室393号(2013年)88頁、拙稿・前掲註(2)301頁などを参照。

(192) 憲法化の弊害との関係では、一般条項や不確定概念など、法令の規律密度の低い場面や比較衡量における方向付けなどに、憲法適合的解釈の用いられる領域を一応は限定的に捉える立場も——限定が実際に機能するかは別途論じうるもの——基本的には認める。この点については、拙稿・同上291-292頁も参照。

(193) さしあたり、宍戸(現状分析)・前掲註(4)73-74頁、赤坂・前掲註(6)340-341頁や、そこに引用される文献を参照。

(194) もっとも、ここでも、裁判所の制度的な能力、機能にも着目すべきことは当然である。この点について、宍戸(動態)・前掲註(4)308頁以下も参照。

(195) 前掲註(152)。

とは多分に困難ではないのか。ポストモダンの時代において、伝統的解釈方法論の限界が認識されつつも、「伝統的」なものであることを理由とした一定の基礎づけと説明づけが可能であるドイツと異なり、我が国において今更本格導入することが適切なのかも考えなくてはならない。もっとも、先例との一貫性や、基準としての明確性について、判例批判などを通じて求めていき、一定の統制を働かせる道を捨てる必要はないし、憲法学説に求められている作業であろう。また、その作業においても、憲法がどのような機能を発揮する場面なのかを意識して論じることは、それが明確な区別が困難で連続的・相対的な側面があるとしても、有益であろう。

[付記]

本稿は、JSPS 科研費（基盤研究C）「憲法適合的解釈の国際比較——『日本型違憲審査制』の構築に向けて——」（課題番号26380033・研究代表者土井真一）の交付を受けて行った研究の成果の一部である。